2025 01G 0491
IN THE SUPREME COURT OF NEWFOUNDLAND AND LABRADOR
IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

IN THE MATTER OF the *Companies Creditors Arrangement Act* R.S.C., 1985 c. C-36 as Amended (the "**CCAA**"); and

AND IN THE MATTER OF an application of Karwood Contracting Ltd., Karwood Engineering Inc., Karwood Design Group Ltd. and Karwood Ontario Ltd. (the **"Applicants"**)

MEMORANDUM OF FACT AND LAW OF THE APPLICANTS

DARREN D. O'KEEFE
O'KEEFE & SULLIVAN
Counsel for the Applicants
80 Elizabeth Avenue, Suite 202
St. John's, NL, A1A 1W7
dokeefe@okeefesullivan.com

TO: **Supreme Court of Newfoundland & Labrador**
General Division (In Bankruptcy)
P.O. Box 937
309 Duckworth Street
St. John's, NL A1C 5M3

AND TO: **The Service List attached as Schedule "A" to the Application**

2025 01G 0491
IN THE SUPREME COURT OF NEWFOUNDLAND AND LABRADOR
IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

IN THE MATTER OF the *Companies Creditors Arrangement Act* R.S.C., 1985 c. C-36 as Amended (the "**CCAA**"); and

AND IN THE MATTER OF an application of Karwood Contracting Ltd., Karwood Engineering Inc., Karwood Design Group Ltd. and Karwood Ontario Ltd. (the "**Applicants**")

MEMORANDUM OF FACT AND LAW OF THE APPLICANTS

PART I: INTRODUCTION

1. On 03 February 2025, the Applicant obtained CCAA protection from the Newfoundland and Labrador Supreme Court under an initial order ("**Initial Order**") providing relief including:

    a. declaring the Applicant is a debtor company to which the CCAA applies;

    b. granting an administration charge up to $100,000.00 (the "**Administration Charge**");

    c. granting a stay of proceedings until the comeback hearing on 13 February 2025 (the "**Comeback Hearing**"); and

    d. appointing BDO Canada Ltd. ("**BDO**" or the "**Monitor**") as Monitor of the Applicant in these proceedings (the "**CCAA Proceeding**").

2. Since the Initial Order, the Applicant has coordinated with the Monitor and consulted with creditors and other stakeholders to develop a plan to stabilize their operations and proceed in a manner which will ensure maximum results under the CCAA.

3. To carry out the proposed plan, the Applicant is seeking an Amended and Restated Initial Order (the "**ARIO**") which will seek to:

   a. abridge the time for service of the motions and the materials filed in support thereof, and dispensing with further service thereof;

   b. extend the stay of proceedings granted under the Initial Order (the "**Stay Period**") for a further period up to 15 July 2025;

   c. increase the administration charge ("**Administration Charge**") granted under the Initial Order to reflect an amount up to $250,000.00;

   d. approve, as outlined in the draft Charging Order, a debtor-in-possession ("**DIP**") loan up to $750,000.00 in accordance with the Bank of Montreal DIP Term Sheet (the "**DIP Facility**"); and

   e. confirm the appointment of BDO Canada Ltd. ("**BDO**" or the "**Monitor**") as Monitor in these proceedings (the **"CCAA Proceedings"**).

PART II: ISSUES AND LAW

4. The Court must consider whether the Applicant should receive continued and additional CCAA protection pursuant to the ARIO and approval of its DIP Facility in the form requested.

A. Extension of the Stay Period

5. The Applicant was deemed eligible for CCAA protection, and this Court granted the Initial Order on 03 February 2025, including an initial Stay Period pending the Comeback Hearing returnable on 13 February 2025.

6. The Applicant now seeks to continue under the CCAA and require an extension of the Stay Period for an additional twenty-two (22) weeks, during which time it will continue to develop and sell its residential retail properties and develop a plan to present to its creditors and/or for Court approval.

7. Under s. 11.02 of the CCAA, a court may extend the stay of proceedings where: (a) circumstances exist that make the order appropriate; and (b) the debtor company

satisfies the court that it has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

8. Section 11 of the CCAA confers jurisdiction on the Court in the broadest of terms: "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".

9. Orders made under s. 11 are appropriate where they support and accord with the objectives of the CCAA and other insolvency legislation in Canada. These include timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor's assets; ensuring fair and equitable treatment of claims; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company.[1]

10. The Applicant submits that the continuation of these proceedings under the CCAA and the attendant relief sought, including the requested stay extension, is appropriate and preferable to any alternative, considering the competing interests of various stakeholders.

11. To date, the CCAA Proceeding has allowed the Applicant to stabilize its operations and prevent interruption while consulting with the Monitor on next steps. The Applicant remains confident that a court-appointed receivership or other creditor-driven process would destroy their ability to continue in business and sell assets in an orderly manner as a going concern and would thus produce a suboptimal result as compared to the CCAA Proceeding.

12. Under the ARIO, the Applicant can continue working with the Monitor toward maximizing value and ensuring continuation of its operations. This will minimize the negative collateral impacts that would clearly result from a receivership or bankruptcy. It should be noted that the Applicant's senior secured creditors, BMO and Moskowitz Capital Fund II LLC do not oppose the CCAA process.

13. There is no legitimate risk that the value of the Applicant's assets will deteriorate during the CCAA if the proposed ARIO is granted. To the contrary, the Applicant is confident

---

[1] ***9354-9186 Québec Inc. v. Callidus Capital Corp.***, 2020 SCC 10 **[TAB 1]**

that it is best positioned to continue with possession and construction of its properties, including the completion of the homes situate on the same. This belief is based on the anticipated cost of having a third party complete the construction projects and attempt to market the properties for sale.

14. There are no allegations of financial irregularities or self-dealing here that would weigh against continuing within a debtor-driven CCAA process. The Monitor confirms that management has been acting appropriately, in good faith, and with due diligence.

15. In ***Re Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's***[2], the Court found that the debtor's positive behaviour supported its application to transfer from a proceeding under the BIA to the CCAA *despite* opposition from its major creditor and a group of tort claimants proposing a receivership or proposal under the BIA instead. He found that the debtor was fully committed to maximizing value for its creditors and that there was no concern with the current management of the debtor. Also, he was unconvinced that costs would be materially greater under the CCAA. Similarly in this case, the Applicant is focused on maintaining the business value and maximizing the interests of all stakeholders, and there is no evidence that costs will be greater under the CCAA than in a receivership.

16. As to the other requirements of CCAA 11.02, as noted above the Monitor has confirmed that the Applicant has acted in good faith and with due diligence since filing for CCAA protection. This is not a case where the debtors have squandered their time. In particular, the Applicants, have worked closely with the Monitor and with creditors, having received an offer from BMO for DIP financing which will enable it to carry out its restructuring plan.

17. The Applicant submits that, in the circumstances of this case, it is appropriate and in the best interests of all stakeholders for this Court to issue an order extending the CCAA stay period for twenty-two (22) weeks. Within that period the Applicant intends to complete construction of its existing projects and work towards a fund to pay its unsecured and subordinate priority creditors.

---

[2] ***Re Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's***, 2022 NLSC 81 **[TAB 2]**

B. Administration Charge is Necessary and Appropriate

18. The Applicant seeks to include in the ARIO an Administration Charge securing the fees of their professional advisors up to $250,000.00.

19. Section 11.52 of the CCAA authorizes this Court to grant a priority charge in respect of professional fees and disbursements on notice to affected secured creditors.

20. In ***Canwest Publishing Inc.***,[3] Pepall J. set out the following non-exhaustive factors that a court may consider in respect of an administration charge:

    a) the size and complexity of the businesses being restructured;

    b) the proposed role of the beneficiaries of the charge;

    c) whether there is an unwarranted duplication of roles;

    d) whether the quantum of the proposed charge appears to be fair and reasonable;

    e) the position of the secured creditors likely to be affected by the charge; and

    f) the position of the Monitor.

21. The Administration Charge requested in this case is necessary and appropriate in the circumstances as:

    a) The continuing assistance of qualified professionals is necessary;

    b) The Monitor, its legal counsel, and the Applicant's counsel have contributed and will continue to contribute to this process;

    c) There is no evidence of duplication of roles; and

    d) The quantum of the proposed Administration Charge is reasonable, as reflected in the Cash Flow Statement and Monitor's Reports.

C. DIP Facility

22. The Applicant indicated in its Notice of Application seeking an Initial Order that it would

---

[3] ***Canwest Publishing Inc.,*** 2010 ONSC 222, para 54 **[TAB 3]**

be pursuing a DIP facility. The Applicant has negotiated an acceptable term sheet with BMO.

23. As noted above, s. 11 of the CCAA confers jurisdiction on the Court in the broadest of terms: "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".

24. Interim financing is dealt with under s. 11.2 of the CCAA:

> **Interim financing**
>
> 11.2 (1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.
>
> **Priority — secured creditors**
>
> (2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.
>
> **Priority — other orders**
>
> (3) The court may order that the security or charge rank in priority over any security or charge arising from a previous order made under subsection (1) only with the consent of the person in whose favour the previous order was made.
>
> **Factors to be considered**
>
> (4) In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,
>
> (a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;
>
> (b) how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings;
>
> (c) whether the company's management has the confidence of its major creditors;
>
> (d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;
>
> (e) the nature and value of the company's property;
>
> (f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and 23(1)(b), if any.

25. The role and purposes of DIP financing under section 11.2 must be understood within the broader context of the remedial objectives of the Act, as well as the considerable discretion that it grants to supervising judges in furtherance of those objectives.[4] Although the *CCAA* has no express purpose clause, its structure and its long title gives some indication of its aims: "[a]n Act to facilitate compromises and arrangements between companies and their creditors".

26. The *CCAA* is remedial legislation designed to permit a debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets. In *Callidus*, as noted above, the Supreme Court of Canada confirmed and expanded upon these aims, stating that the Act:[5]

> has the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm's financial distress . . . and enhancement of the credit system generally.

27. The Supreme Court went on to explain that *CCAA* proceedings have evolved to encompass outcomes other than reorganization, including liquidating CCAAs that:[6]

> take diverse forms and may involve, among other things: the sale of the debtor company as a going concern; an 'en bloc' sale of assets that are capable of being operationalized by a buyer; a partial liquidation or downsizing . . . or a piecemeal sale of assets.

28. In light of the Act's remedial nature, its provisions are entitled to "an appropriately purposive and liberal interpretation". In furtherance of its objectives, s. 11 of the CCAA grants broad discretion to a CCAA supervising judge to "make any order that it considers appropriate in the circumstances" to determine the nature of the process and the relief necessary to facilitate it.

29. As the Supreme Court held in ***Sun Indalex***[7], such orders may include the granting of a DIP charge such as that being sought here where the DIP loan is necessary to ensure a

---

[4] **Deus Ex Machina, or Gargantua? Interim Financing Under the Companies' Creditors Arrangement Act**, 2024 CanLIIDocs 2573, UBC Law Review **[TAB 4]**
[5] ***9354-9186 Québec Inc. v. Callidus Capital Corp.***, 2020 SCC 10 **[TAB 1]**
[6] ***9354-9186 Québec Inc. v. Callidus Capital Corp.***, 2020 SCC 10 **[TAB 1]**
[7] ***Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers***, 2013 SCC 6 **[TAB 5]**

successful CCAA process, which charge supersedes in priority even a statutory deemed trust for (in that case) unpaid pension liabilities of the insolvent debtor.

30. It has repeatedly also been held that the CCAA grants a court the jurisdiction to grant a charge for DIP financing which ranks in priority to statutory liens.[8]

31. Notwithstanding the shifting in priority that the DIP and Charging Order will cause, the Applicant submits that the DIP Term Sheet satisfies the factors identified in 11.2(4) and the balancing of interests in this proceeding favours the relief requested being granted. The inability to fund this process would be detrimental to a broad group of interests.

32. The Charging Order as requested supports and accords with the objectives of the CCAA. Specific to the 11.2(4) considerations, BMO is the primary secured creditor impacted by DIP financing and has the most interest in maximizing vale of the assets. Further, the DIP financing is supported by the Monitor, who will be overseeing management of the process during the CCAA. As was the case in ***Sulphur Corporation of Canada Ltd***[9], the potential benefit that the DIP financing will bring for all stakeholders concerned in this proceeding outweighs the objections that the Applicant understands may be levied by the lienholder.

PART III: CONCLUSION AND RELIEF SOUGHT

33. The Applicant submits that this CCAA Proceeding remains the best solution available to stabilize its operational and financial situation and maximize value for stakeholders. The Applicant submits that it has met the requirements of appropriateness, good faith, and due diligence. The Monitor supports the Applicant's position and requested ARIO.

34. The Applicant further submits that the DIP Term Sheet and associated Charging Order will facilitate the Applicants' successful emergence from this CCAA. The Charging Order is also supported by the Monitor.

35. The Applicant therefore seeks the ARIO and Charging Order pursuant to the CCAA substantially in the forms presented.

---

[8] ***Sulphur Corporation of Canada Ltd***, 2002 ABQB 682 **[TAB 6]**; ***Winnipeg Motor Express Inc. et al***, 2009 MBQB 204, para 43 **[TAB 7]**

[9] ***Sulphur Corporation of Canada Ltd***, 2002 ABQB 682, paras 46-47 **[TAB 6]**

All of which is respectfully submitted.

Signed February 21, 2025

DARREN D. O'KEEFE
O'KEEFE & SULLIVAN
Counsel for the Company
80 Elizabeth Avenue, Suite 202
St. John's, NL, A1A 1W7
dokeefe@okeefesullivan.com

TO: **Supreme Court of Newfoundland & Labrador**
General Division (In Bankruptcy)
P.O. Box 937
309 Duckworth Street
St. John's, NL A1C 5M3

AND TO: **The Service List attached as Schedule "A" to the Application**

KARWOOD CONTRACTING LTD. AND KARWOOD ENGINEERING INC. AND KARWOOD ONTARIO LTD. AND KARWOOD DESIGN GROUP LTD.

SCHEDULE "A"
MASTER SERVICE
LIST

O'KEEFE & SULLIVAN LAWYERS 80 Elizabeth Ave Suite 202 St. John's, N.L., A1A 1W7 **Darren O'Keefe** dokeefe@okeefesullivan.com Tel: 709.700.0911 **Joshua L. Hancott** jhancott@okeefesullivan.com 80 Elizabeth Ave Suite 202 St. John's, N.L., A1A 1W7 **Counsel for the Applicants**	**BOYNE CLARKE LAWYERS** 99 Wyse Road, Suite 600 P.O. Box 876, Dartmouth Main Dartmouth, NS B2Y 3Z5 JSantimaw@boyneclarke.ca **Joshua J. Santimaw** **Counsel for the Monitor** **BDO Canada Limited** 300 Kenmount Rd #200, St. John's, NL A1B 3R2 Email: nejones@bdo.ca **The Proposed Monitor**
ROYAL BANK OF CANADA 1871 Hollis Street, 7th Floor Halifax, NS B3J 1M7 David Savoie 902-421-4905 David.Savoie@rbc.com	**AXIOM LEASING INC.** 4 Robert Speck Pkwy 15th Floor, Mississauga, ON L4Z 1S1
MOSKOWITZ CAPITAL MORTGAGE FUND II INC. **Stewart McKelvey** Suite 1100, Cabot Place 100 New Gower St. St. John's, N.L. A1C 6K3 Tel 709.570.8851 Fax 709.722.4565 **Stephen Winter** swinter@stewartmckelvey.com **Joe Thorne**	**BANK OF MONTREAL** 31 Water Street St. John's NL A1C 1A9 Canada **Raffael Di Genova** Raffael.digenova@bmo.com **Cox & Palmer** Scotia Centre, 235 Water St suite 1100, St. John's, NL A1C 1B6 **Josh McElman** jmcelman@coxandpalmer.com

joethorne@stewartmckelvey.com	**Allison Philpott** aphilpott@coxandpalmer.com **Counsel for the Bank of Montreal**
ROYAL BANK OF CANADA 7101 Pare Avenue, 5th Floor Montreal QC H3N 1X9 Canada	**CANADA REVENUE AGENCY** Shawinigan – Sud National Verification Collections Centre 4695 Shawinigan- Sud Boulevard Shawinigan QC G9P 5H9 **Atlantic Canada** AGC-PGC.Atlantic-Tax-Fiscal@justice.gc.ca
DEPARTMENT OF FINANCE Dept of Digital Government and Service NL 2nd Floor, West Block, P.O. Box 8700 St. John's, NL A1B 4J6 Tel 709-729-2981 Fax 709-729-2091 collections@gov.nl.ca	**Boreal Atlantic Ltd.** 239 Main Street Milltown NL Canada A0H 1W0 **Aaron Watkins**
WORKPLACE NL PO Box 9000 St. John's, NL A1A 3B8 **Jennifer Langdon** jennifer.langdon@workplacenl.ca	**STEELCASE FINANCIAL SERVICES LTD.** 200 King Street west Suite 2400 Toronto ON M5H 3T4
FORD CREDIT CANADA LEASING, DIVISION OF CANADIAN ROAD LEASING COMPANY PO Box 2400 Edmonton AB T5J 5C7 Canada ON L4S 0C8	**LIBRO CREDIT UNION LTD.** 217 York Street London, Ontario N6A 5P9

BMW CANADA INC. 50 Ultimate Drive, Richmond Hill ,ON L4S 0C8	**RANDY ORAM** **TAMMY ORAM** 14 Old Topsail Hill CBS, NL, A1W 5W6 Canada
DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA **CRA** Suite 1400, Duke Tower 5251 Duke Street Halifax NS B3J 1P3 Tel: 782-409-0068 **Deanna Frappier, K.C.** Deanna.Frappier@justice.gc.ca **Caitlin Ward** caitlin.ward@justice.gc.ca	

Email List

dokeefe@okeefesullivan.com; JSantimaw@boyneclarke.ca; Allan.MacDonald@ca.gt.com ; David.Savoie@rbc.com; nejones@bdo.ca ; swinter@stewartmckelvey.com ; joethorne@stewartmckelvey.com; Raffael.digenova@bmo.com; jmcelman@coxandpalmer.com ;AGC-PGC.Atlantic-Tax-Fiscal@justice.gc.ca ; collections@gov.nl.ca ; jennifer.langdon@workplacenl.ca; Deanna.Frappier@justice.gc.ca

Karwood Contracting Ltd. And Karwood Engineering Inc. And Karwood Ontario Ltd. And Karwood Design Group Ltd.

9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc. *Appellants*

v.

Callidus Capital Corporation, International Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier *Respondents*

and

Ernst & Young Inc., IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited), Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited), Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals *Interveners*

- and -

IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited) *Appellants*

v.

Callidus Capital Corporation, International Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier *Respondents*

and

9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc. *Appelantes*

c.

Callidus Capital Corporation, International Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier *Intimés*

et

Ernst & Young Inc., IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited), Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)), Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation *Intervenants*

- et -

IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)) *Appelantes*

c.

Callidus Capital Corporation, International Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier *Intimés*

et

2020 SCC 10 (CanLII)

Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc.,
Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals *Interveners*

Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc.,
Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation
Intervenants

2020 SCC 10 (CanLII)

INDEXED AS: 9354-9186 QUÉBEC INC. *v.* CALLIDUS CAPITAL CORP.

2020 SCC 10

File No.: 38594.

Hearing and judgment: January 23, 2020.

Reasons delivered: May 8, 2020.

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

RÉPERTORIÉ : 9354-9186 QUÉBEC INC. *c.* CALLIDUS CAPITAL CORP.

2020 CSC 10

N° du greffe : 38594.

Audition et jugement : 23 janvier 2020.

Motifs déposés : 8 mai 2020.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Bankruptcy and insolvency — Discretionary authority of supervising judge in proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act — Appellate review of decisions of supervising judge — Whether supervising judge has discretion to bar creditor from voting on plan of arrangement where creditor is acting for improper purpose — Whether supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2.

Faillite et insolvabilité — Pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans une instance introduite sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Contrôle en appel des décisions du juge surveillant — Le juge surveillant a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement si ce créancier agit dans un but illégitime? — Le juge surveillant peut-il approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2.

The debtor companies filed a petition for the issuance of an initial order under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("*CCAA*") in November 2015. The petition succeeded, and the initial order was issued by a supervising judge, who became responsible for overseeing the proceedings. Since then, substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated, with the notable exception of retained claims for damages against the companies' only secured creditor. In September 2017, the secured creditor proposed a plan of arrangement, which later failed to receive sufficient creditor support. In February 2018, the secured creditor proposed another, virtually identical, plan of arrangement. It also sought the supervising judge's permission to vote on this new plan in the same class as the debtor companies' unsecured creditors, on the basis that its security was worth nil. Around the

En novembre 2015, les compagnies débitrices déposent une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« *LACC* »). La requête est accueillie, et l'ordonnance initiale est rendue par un juge surveillant, qui est chargé de surveiller le déroulement de l'instance. Depuis, la quasi-totalité des éléments d'actif de la compagnie débitrice ont été liquidés, à l'exception notable des réclamations réservées en dommages-intérêts contre le seul créancier garanti des compagnies. En septembre 2017, le créancier garanti propose un plan d'arrangement, qui n'obtient pas subséquemment l'appui nécessaire des créanciers. En février 2018, le créancier garanti propose un autre plan d'arrangement, presque identique au premier. Il demande aussi au juge surveillant la permission de voter sur ce nouveau plan dans la même catégorie que

same time, the debtor companies sought interim financing in the form of a proposed third party litigation funding agreement, which would permit them to pursue litigation of the retained claims. They also sought the approval of a related super-priority litigation financing charge.

The supervising judge determined that the secured creditor should not be permitted to vote on the new plan because it was acting with an improper purpose. As a result, the new plan had no reasonable prospect of success and was not put to a creditors' vote. The supervising judge allowed the debtor companies' application, authorizing them to enter into a third party litigation funding agreement. On appeal by the secured creditor and certain of the unsecured creditors, the Court of Appeal set aside the supervising judge's order, holding that he had erred in reaching the foregoing conclusions.

Held: The appeal should be allowed and the supervising judge's order reinstated.

The supervising judge made no error in barring the secured creditor from voting or in authorizing the third party litigating funding agreement. A supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. A supervising judge can also approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. The Court of Appeal was not justified in interfering with the supervising judge's discretionary decisions in this regard, having failed to treat them with the appropriate degree of deference.

The *CCAA* is one of three principal insolvency statutes in Canada. It pursues an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially catastrophic impacts insolvency can have. These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor's assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company. The architecture of the *CCAA* leaves the case-specific assessment and balancing of these objectives to the supervising judge.

les créanciers non garantis des compagnies débitrices, au motif que sa sûreté ne vaut rien. À peu près au même moment, les compagnies débitrices demandent un financement temporaire sous forme d'un accord de financement de litige par un tiers qui leur permettrait de poursuivre l'instruction des réclamations réservées. Elles sollicitent également l'approbation d'une charge super-prioritaire pour financer le litige.

Le juge surveillant décide que le créancier garanti ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'il agit dans un but illégitime. En conséquence, le nouveau plan n'a aucune possibilité raisonnable d'être avalisé et il n'est pas soumis au vote des créanciers. Le juge surveillant accueille la demande des compagnies débitrices et les autorise à conclure un accord de financement de litige par un tiers. À l'issue d'un appel formé par le créancier garanti et certains des créanciers non garantis, la Cour d'appel annule l'ordonnance du juge surveillant, estimant qu'il est parvenu à tort aux conclusions qui précèdent.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

Le juge surveillant n'a commis aucune erreur en empêchant le créancier garanti de voter ou en approuvant l'accord de financement de litige par un tiers. Un juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il décide que le créancier agit dans un but illégitime. Un juge surveillant peut aussi approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*. La Cour d'appel n'était pas justifiée de modifier les décisions discrétionnaires du juge surveillant à cet égard et n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport à ces décisions.

La *LACC* est l'une des trois principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité. Elle poursuit un grand nombre d'objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement catastrophiques qui peuvent découler de l'insolvabilité. Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l'insolvabilité d'un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d'un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l'intérêt public; et, dans le contexte d'une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie. La structure de la *LACC* laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs.

2020 SCC 10 (CanLII)

From beginning to end, each proceeding under the *CCAA* is overseen by a single supervising judge, who has broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case. The anchor of this discretionary authority is s. 11 of the *CCAA*, with empowers a judge to make any order that they consider appropriate in the circumstances. This discretionary authority is broad, but not boundless. It must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the *CCAA* and with three baseline considerations in mind: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence. The due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage. A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising *CCAA* proceedings and, as such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably.

A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the *CCAA* that may restrict its voting rights, or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. Given that the *CCAA* regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, the discretion to bar a creditor from voting should only be exercised where the circumstances demand such an outcome. Where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to the remedial objectives of the *CCAA* — that is, acting for an improper purpose — s. 11 of the *CCAA* supplies the supervising judge with the discretion to bar that creditor from voting. This discretion parallels the similar discretion that exists under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and advances the basic fairness that permeates Canadian insolvency law and practice. Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that the supervising judge is best-positioned to undertake.

In the instant case, the supervising judge's decision to bar the secured creditor from voting on the new plan discloses no error justifying appellate intervention. When he made this decision, the supervising judge was intimately

Chaque procédure fondée sur la *LACC* est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant, qui a le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas. Le point d'ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l'art. 11 de la *LACC*, lequel confère au juge le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée. Quoique vaste, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC* et tenir compte de trois considérations de base : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) que le demandeur a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue. La considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage. Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la *LACC* commandent un degré élevé de déférence. En conséquence, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la *LACC* qui peuvent limiter son droit de voter, ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Étant donné que le régime de la *LACC*, dont l'un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l'exigent. Lorsqu'un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer ou à miner les objectifs réparateurs de la *LACC* ou à aller à l'encontre de ceux-ci — c'est-à-dire à agir dans un but illégitime — l'art. 11 de la *LACC* confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter. Ce pouvoir discrétionnaire s'apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et favorise l'équité fondamentale qui imprègne le droit et la pratique en matière d'insolvabilité au Canada. La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation que le juge surveillant est le mieux placé pour effectuer.

En l'espèce, la décision du juge surveillant d'empêcher le créancier garanti de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant

2020 SCC 10 (CanLII)

familiar with these proceedings, having presided over them for over 2 years, received 15 reports from the monitor, and issued approximately 25 orders. He considered the whole of the circumstances and concluded that the secured creditor's vote would serve an improper purpose. He was aware that the secured creditor had chosen not to value any of its claim as unsecured prior to the vote on the first plan and did not attempt to vote on that plan, which ultimately failed to receive the other creditors' approval. Between the failure of the first plan and the proposal of the (essentially identical) new plan, none of the factual circumstances relating to the debtor companies' financial or business affairs had materially changed. However, the secured creditor sought to value the entirety of its security at nil and, on that basis, sought leave to vote on the new plan as an unsecured creditor. If the secured creditor were permitted to vote in this way, the new plan would certainly have met the double majority threshold for approval under s. 6(1) of the *CCAA*. The inescapable inference was that the secured creditor was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the *CCAA* protects. The secured creditor's course of action was also plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding, which includes acting with due diligence in valuing their claims and security. The secured creditor was therefore properly barred from voting on the new plan.

Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 of the *CCAA* and the remedial objectives of the *CCAA* more generally. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. This is apparent from the wording of s. 11.2(1), which is broad and does not mandate any standard form or terms. At its core, interim financing enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets. In some circumstances, like the instant case, litigation funding furthers this basic purpose. Third party litigation funding agreements may therefore be approved as interim financing in *CCAA* proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the *CCAA*. These factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge, as not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive.

connaissait très bien les procédures en cause, car il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances. Il a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote du créancier garanti viserait un but illégitime. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, le créancier garanti avait choisi de n'évaluer aucune partie de sa réclamation à titre de créancier non garanti et n'avait pas tenté de voter sur ce plan, qui n'a finalement pas reçu l'aval des autres créanciers. Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan (identique pour l'essentiel au premier plan), les circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales des compagnies débitrices n'avaient pas réellement changé. Pourtant, le créancier garanti a tenté d'évaluer la totalité de sa sûreté à zéro et, sur cette base, a demandé l'autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si le créancier garanti avait été autorisé à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d'approbation à double majorité prévu par le par. 6(1) de la *LACC*. La seule conclusion possible était que le créancier garanti tentait d'évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la *LACC*. La façon d'agir du créancier garanti était manifestement contraire à l'attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans une procédure d'insolvabilité, ce qui comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l'évaluation de leurs réclamations et sûretés. Le créancier garanti a donc été empêché à bon droit de voter sur le nouveau plan.

La question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l'espèce qui doit tenir compte du libellé de l'art. 11.2 de la *LACC* et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Cela ressort du libellé du par. 11.2(1), qui est large et ne prescrit aucune forme ou condition type. Le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur. Dans certaines circonstances, comme en l'espèce, le financement de litige favorise la réalisation de cet objectif fondamental. Les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la *LACC* lorsque le juge surveillant estime qu'il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la *LACC*. Ces facteurs

2020 SCC 10 (CanLII)

Additionally, in order for a third party litigation funding agreement to be approved as interim financing, the agreement must not contain terms that effectively convert it into a plan of arrangement.

In the instant case, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the litigation funding agreement as interim financing. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with the debtor companies' *CCAA* proceedings, leads to the conclusion that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It is apparent that he was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the *CCAA*, and the particular circumstances of this case when he approved the litigation funding agreement as interim financing. Further, the litigation funding agreement is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors' rights. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the funds generated from the debtor companies' assets, nor can it be said to compromise those rights. Finally, the litigation financing charge does not convert the litigation funding agreement into a plan of arrangement. Holding otherwise would effectively extinguish the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote, which is expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Moldaver J.

Applied: *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; **considered:** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **referred to:** *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund*

ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant, car ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. En outre, pour qu'un accord de financement de litige par un tiers soit approuvé à titre de financement temporaire, il ne doit pas comporter des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement.

En l'espèce, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par les compagnies débitrices sous le régime de la *LACC*, mène à la conclusion que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il est manifeste que le juge surveillant a mis l'accent sur l'équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la *LACC* et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu'il a approuvé l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. De plus, l'accord de financement de litige ne constitue pas un plan d'arrangement parce qu'il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d'argent ne modifie en rien la nature ou l'existence de leurs droits d'avoir accès aux fonds provenant des actifs des compagnies débitrices, pas plus qu'on ne saurait dire qu'il s'agit d'une transaction à l'égard de leurs droits. Enfin, la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'accord de financement de litige en plan d'arrangement. Une conclusion contraire aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers, un résultat qui est expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; **arrêts examinés :** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **arrêts mentionnés :** *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Ernst*

2020 SCC 10 (CanLII)

Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, aff'g 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, aff'd 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

& Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

2020 SCC 10 (CanLII)

Statutes and Regulations Cited

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, c. 327.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Budget Implementation Act, 2019, No. 1, S.C. 2019, c. 29, ss. 133, 138, 140.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), (i), 23 to 25, 36.
Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1).

Authors Cited

Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. "Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context" (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65.
Canada. Innovation, Science and Economic Development Canada. *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online: https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/eng/cl00908.html#bill128e; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_eng.pdf).
Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Bill C-12: Clause by Clause Analysis*, developed by Industry Canada, last updated March 24, 2015 (online: https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01986.html#a79; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_eng.pdf).
Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa, 2003.
Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
Kaplan, Bill. "Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*. Toronto: Carswell, 2008, 79.
Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.
Michaud, Guillaume. "New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape", in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*. Toronto: Thomson Reuters, 2019, 221.

Lois et règlements cités

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, c. 327.
Loi nº 1 d'exécution du budget de 2019, L.C. 2019, c. 29, art. 133, 138, 140.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), a), b), c), d), e), f), g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)d), i), 23 à 25, 36.
Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).

Doctrine et autres documents cités

Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65.
Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. *Projet de loi C-12 : analyse article par article*, élaboré par Industrie Canada, dernière mise à jour 24 mars 2015 (en ligne : https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01986.html#a77f; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_fra.pdf).
Canada. Innovation, Sciences et Développement économique Canada. *Archivé — Projet de Loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour 29 décembre 2016 (en ligne : https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/fra/cl00908.html#lacc11-2; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_fra.pdf).
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Ottawa, 2003.
Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
Kaplan, Bill. « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Carswell, 2008, 79.
Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed., Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.
Michaud, Guillaume. « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape », in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual*

2020 SCC 10 (CanLII)

Nocilla, Alfonso. "Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36" (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 226.

Nocilla, Alfonso. "The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada" (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. "Debtor-In-Possession Financing", in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. "The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law", in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*. Toronto: Thomson Reuters, 2017, 9.

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

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Schrager and Dumas JJ.A.), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), setting aside a decision of Michaud J., 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Appeals allowed.

Jean-Philippe Groleau, *Christian Lachance*, *Gabriel Lavery Lepage* and *Hannah Toledano*, for the appellants/interveners 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, for the appellants/interveners IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited).

Geneviève Cloutier and *Clifton P. Prophet*, for the respondent Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, *Noah Zucker* and *François Alexandre Toupin*, for the respondents International

Review of Insolvency Law 2018, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 221.

Nocilla, Alfonso. « Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 226.

Nocilla, Alfonso. « The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. « Debtor-In-Possession Financing », in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. « The Oscillating Pendulum : Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017, 9.

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

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dutil, Schrager et Dumas), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Michaud, 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Jean-Philippe Groleau, *Christian Lachance*, *Gabriel Lavery Lepage* et *Hannah Toledano*, pour les appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, pour les appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)).

Geneviève Cloutier et *Clifton P. Prophet*, pour l'intimée Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, *Noah Zucker* et *François Alexandre Toupin*, pour les intimés International

2020 SCC 10 (CanLII)

Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier.

Joseph Reynaud and *Nathalie Nouvet*, for the intervener Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, *Arad Mojtahedi* and *Saam Pousht-Mashhad*, for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

The reasons for judgment of the Court were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J.—

I. Overview

[1] These appeals arise in the context of an ongoing proceeding instituted under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*"), in which substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated. The proceeding was commenced well over four years ago. Since then, a single supervising judge has been responsible for its oversight. In this capacity, he has made numerous discretionary decisions.

[2] Two of the supervising judge's decisions are in issue before us. Each raises a question requiring this Court to clarify the nature and scope of judicial discretion in *CCAA* proceedings. The first is whether a supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. The second is whether a supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*.

[3] For the reasons that follow, we would answer both questions in the affirmative, as did the supervising judge. To the extent the Court of Appeal disagreed

Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier.

Joseph Reynaud et *Nathalie Nouvet*, pour l'intervenante Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, *Arad Mojtahedi* et *Saam Pousht-Mashhad*, pour les intervenants l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Ces pourvois s'inscrivent dans le contexte d'une instance toujours en cours introduite sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »), dans le cadre de laquelle la quasi-totalité des éléments d'actif des compagnies débitrices ont été liquidés. L'instance a été introduite il y a plus de quatre ans. Depuis, un seul juge surveillant a été chargé de sa supervision. À ce titre, il a rendu de nombreuses décisions discrétionnaires.

[2] Deux de ces décisions du juge surveillant font l'objet du présent pourvoi. Chacune d'elles soulève une question exigeant de notre Cour qu'elle précise la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire exercé par les tribunaux dans les instances relevant de la *LACC*. La première est de savoir si le juge surveillant dispose du pouvoir discrétionnaire d'interdire à un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il estime que ce créancier agit dans un but illégitime. La deuxième porte sur le pouvoir du juge surveillant d'approuver le financement du litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*.

[3] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de répondre à ces deux questions par l'affirmative, à l'instar du juge surveillant. Dans la mesure où la

2020 SCC 10 (CanLII)

and went on to interfere with the supervising judge's discretionary decisions, we conclude that it was not justified in doing so. In our respectful view, the Court of Appeal failed to treat the supervising judge's decisions with the appropriate degree of deference. In the result, as we ordered at the conclusion of the hearing, these appeals are allowed and the supervising judge's order reinstated.

II. Facts

[4] In 1994, Mr. Gérald Duhamel founded Bluberi Gaming Technologies Inc., which is now one of the appellants, 9354-9186 Québec inc. The corporation manufactured, distributed, installed, and serviced electronic casino gaming machines. It also provided management systems for gambling operations. Its sole shareholder has at all material times been Bluberi Group Inc., which is now another of the appellants, 9354-9178 Québec inc. Through a family trust, Mr. Duhamel controls Bluberi Group Inc. and, as a result, Bluberi Gaming (collectively, "Bluberi").

[5] In 2012, Bluberi sought financing from the respondent, Callidus Capital Corporation ("Callidus"), which describes itself as an "asset-based or distressed lender" (R.F., at para. 26). Callidus extended a credit facility of approximately $24 million to Bluberi. This debt was secured in part by a share pledge agreement.

[6] Over the next three years, Bluberi lost significant amounts of money, and Callidus continued to extend credit. By 2015, Bluberi owed approximately $86 million to Callidus — close to half of which Bluberi asserts is comprised of interest and fees.

A. *Bluberi's Institution of CCAA Proceedings and Initial Sale of Assets*

[7] On November 11, 2015, Bluberi filed a petition for the issuance of an initial order under the *CCAA*. In its petition, Bluberi alleged that its liquidity issues

Cour d'appel s'est dite d'avis contraire et a modifié les décisions discrétionnaires du juge surveillant, nous concluons qu'elle n'était pas justifiée de le faire. Avec égards, la Cour d'appel n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport aux décisions du juge surveillant. C'est pourquoi, comme nous l'avons ordonné à l'issue de l'audience, les pourvois sont accueillis et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

II. Les faits

[4] En 1994, M. Gérald Duhamel fonde Bluberi Gaming Technologies Inc., qui est devenue l'une des appelantes, 9354-9186 Québec inc. L'entreprise fabriquait, distribuait, installait et entretenait des appareils de jeux électroniques pour casino. Elle offrait aussi des systèmes de gestion dans le domaine des jeux d'argent. Pendant toute la période pertinente, son unique actionnaire était Bluberi Group Inc., qui est devenue une autre des appelantes, 9354-9178 Québec inc. Par l'entremise d'une fiducie familiale, M. Duhamel contrôlait Bluberi Group inc. et, de ce fait, Bluberi Gaming (collectivement, « Bluberi »).

[5] En 2012, Bluberi demande du financement à l'intimée Callidus Capital Corporation (« Callidus »), qui se décrit comme un [TRADUCTION] « prêteur offrant du financement garanti par des actifs ou du financement à des entreprises en difficulté financière » (m.i., par. 26). Callidus lui consent une facilité de crédit d'environ 24 millions de dollars, que Bluberi garantit partiellement en signant une entente par laquelle elle met en gage ses actions.

[6] Au cours des trois années suivantes, Bluberi perd d'importantes sommes d'argent et Callidus continue de lui consentir du crédit. En 2015, Bluberi doit environ 86 millions de dollars à Callidus — Bluberi affirme que près de la moitié de cette somme est composée d'intérêts et de frais.

A. *L'introduction des procédures sous le régime de la LACC par Bluberi et la vente initiale d'actifs*

[7] Le 11 novembre 2015, Bluberi dépose une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la *LACC*. Dans sa requête, Bluberi allègue

2020 SCC 10 (CanLII)

were the result of Callidus taking *de facto* control of the corporation and dictating a number of purposefully detrimental business decisions. Bluberi alleged that Callidus engaged in this conduct in order to deplete the corporation's equity value with a view to owning Bluberi and, ultimately, selling it.

[8] Over Callidus's objection, Bluberi's petition succeeded. The supervising judge, Michaud J., issued an initial order under the *CCAA*. Among other things, the initial order confirmed that Bluberi was a "debtor company" within the meaning of s. 2(1) of the Act; stayed any proceedings against Bluberi or any director or officer of Bluberi; and appointed Ernst & Young Inc. as monitor ("Monitor").

[9] Working with the Monitor, Bluberi determined that a sale of its assets was necessary. On January 28, 2016, it proposed a sale solicitation process, which the supervising judge approved. That process led to Bluberi entering into an asset purchase agreement with Callidus. The agreement contemplated that Callidus would obtain all of Bluberi's assets in exchange for extinguishing almost the entirety of its secured claim against Bluberi, which had ballooned to approximately $135.7 million. Callidus would maintain an undischarged secured claim of $3 million against Bluberi. The agreement would also permit Bluberi to retain claims for damages against Callidus arising from its alleged involvement in Bluberi's financial difficulties ("Retained Claims").[1] Throughout these proceedings, Bluberi has asserted that the Retained Claims should amount to over $200 million in damages.

[10] The supervising judge approved the asset purchase agreement, and the sale of Bluberi's assets to Callidus closed in February 2017. As a result, Callidus effectively acquired Bluberi's business, and has continued to operate it as a going concern.

[1] Bluberi does not appear to have filed this claim yet (see 2018 QCCS 1040, at para. 10 (CanLII)).

que ses problèmes de liquidité découlent du fait que Callidus exerce un contrôle de facto à l'égard de son entreprise et lui dicte un certain nombre de décisions d'affaires dans l'intention de lui nuire. Bluberi prétend que Callidus agit ainsi afin de réduire la valeur des actions dans le but de devenir propriétaire de Bluberi et ultimement de la vendre.

[8] Malgré l'objection de Callidus, la requête de Bluberi est accueillie. Le juge surveillant, le juge Michaud, rend une ordonnance initiale sous le régime de la *LACC*. Celle-ci confirme entre autres que Bluberi est une « compagnie débitrice » au sens du par. 2(1) de la Loi, suspend toute procédure introduite à l'encontre de Bluberi, de ses administrateurs ou dirigeants, et désigne Ernst & Young Inc. pour agir à titre de contrôleur (« contrôleur »).

[9] Travaillant en collaboration avec le contrôleur, Bluberi décide que la vente de ses actifs est nécessaire. Le 28 janvier 2016, elle propose un processus de mise en vente que le juge surveillant approuve. Ce processus débouche sur la conclusion d'une convention d'achat d'actifs entre Bluberi et Callidus. Cette convention prévoit que Callidus obtient l'ensemble des actifs de Bluberi en échange de l'extinction de la presque totalité de la créance garantie qu'elle détient à l'encontre de Bluberi, qui s'élevait à environ 135,7 millions de dollars. Callidus conserve une créance garantie non libérée de 3 millions de dollars contre Bluberi. La convention prévoit aussi que Bluberi se réserve le droit de réclamer des dommages-intérêts à Callidus en raison de l'implication alléguée de celle-ci dans ses difficultés financières (les « réclamations réservées »)[1]. Tout au long de ces procédures, Bluberi affirme que la valeur des réclamations ainsi réservées représente plus de 200 millions de dollars en dommages-intérêts.

[10] Le juge surveillant approuve la convention d'achat d'actifs, et la vente des actifs de Bluberi à Callidus est conclue en février 2017. En conséquence, Callidus acquiert l'entreprise de Bluberi et en poursuit l'exploitation.

[1] Bluberi semble ne pas avoir encore déposé cette action (voir 2018 QCCS 1040, par. 10 (CanLII)).

2020 SCC 10 (CanLII)

[11] Since the sale, the Retained Claims have been Bluberi's sole remaining asset and thus the sole security for Callidus's $3 million claim.

B. *The Initial Competing Plans of Arrangement*

[12] On September 11, 2017, Bluberi filed an application seeking the approval of a $2 million interim financing credit facility to fund the litigation of the Retained Claims and other related relief. The lender was a joint venture numbered company incorporated as 9364-9739 Québec inc. This interim financing application was set to be heard on September 19, 2017.

[13] However, one day before the hearing, Callidus proposed a plan of arrangement ("First Plan") and applied for an order convening a creditors' meeting to vote on that plan. The First Plan proposed that Callidus would fund a $2.5 million (later increased to $2.63 million) distribution to Bluberi's creditors, except itself, in exchange for a release from the Retained Claims. This would have fully satisfied the claims of Bluberi's former employees and those creditors with claims worth less than $3000; creditors with larger claims were to receive, on average, 31 percent of their respective claims.

[14] The supervising judge adjourned the hearing of both applications to October 5, 2017. In the meantime, Bluberi filed its own plan of arrangement. Among other things, the plan proposed that half of any proceeds resulting from the Retained Claims, after payment of expenses and Bluberi's creditors' claims, would be distributed to the unsecured creditors, as long as the net proceeds exceeded $20 million.

[15] On October 5, 2017, the supervising judge ordered that the parties' plans of arrangement could be put to a creditors' vote. He ordered that both parties share the fees and expenses related to the

[11] Depuis la vente, les réclamations réservées sont le seul élément d'actif de Bluberi et représentent donc la seule garantie que possède Callidus pour sa créance de 3 millions de dollars.

B. *Les premiers plans d'arrangement concurrents*

[12] Le 11 septembre 2017, Bluberi dépose une demande par laquelle elle sollicite l'approbation d'un financement provisoire de 2 millions de dollars sous forme de facilité de crédit afin de financer le coût des procédures liées aux réclamations réservées ainsi que d'autres mesures de réparation accessoires. Le prêteur est une coentreprise constituée sous le numéro 9364-9739 Québec inc. Cette demande de financement provisoire devait être instruite le 19 septembre 2017.

[13] Toutefois, la veille de l'audience, Callidus propose un plan d'arrangement (« premier plan ») et demande une ordonnance pour convoquer les créanciers à une assemblée afin qu'ils votent sur ce plan. Le premier plan proposait que Callidus avance la somme de 2,5 millions de dollars (puis plus tard 2,63 millions de dollars) aux fins de distribution aux créanciers de Bluberi, sauf elle-même, en échange de quoi elle serait libérée des réclamations réservées. Cette somme aurait permis d'acquitter entièrement les créances des anciens employés de Bluberi et toutes celles de moins de 3 000 $; les créanciers dont la créance était plus élevée devaient recevoir chacun en moyenne 31 pour 100 du montant de leur réclamation.

[14] Le juge surveillant ajourne donc l'audition des deux demandes au 5 octobre 2017. Entre-temps, Bluberi dépose son propre plan d'arrangement dans lequel elle propose notamment que la moitié de toute somme provenant des réclamations réservées, après paiement des dépenses et acquittement des réclamations des créanciers de Bluberi, soit distribuée aux créanciers non garantis, pourvu que la somme nette ainsi obtenue soit supérieure à 20 millions de dollars.

[15] Le 5 octobre 2017, le juge surveillant ordonne que les plans d'arrangement des parties soient soumis au vote des créanciers. Il ordonne que les honoraires et dépenses découlant de la présentation des

2020 SCC 10 (CanLII)

presentation of the plans of arrangement at a creditors' meeting, and that a party's failure to deposit those funds with the Monitor would bar the presentation of that party's plan of arrangement. Bluberi elected not to deposit the necessary funds, and, as a result, only Callidus's First Plan was put to the creditors.

C. *Creditors' Vote on Callidus's First Plan*

[16] On December 15, 2017, Callidus submitted its First Plan to a creditors' vote. The plan failed to receive sufficient support. Section 6(1) of the *CCAA* provides that, to be approved, a plan must receive a "double majority" vote in each class of creditors — that is, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims. All of Bluberi's creditors, besides Callidus, formed a single voting class of unsecured creditors. Of the 100 voting unsecured creditors, 92 creditors (representing $3,450,882 of debt) voted in favour, and 8 voted against (representing $2,375,913 of debt). The First Plan failed because the creditors voting in favour only held 59.22 percent of the total value being voted, which did not meet the s. 6(1) threshold. Most notably, SMT Hautes Technologies ("SMT"), which held 36.7 percent of Bluberi's debt, voted against the plan.

[17] Callidus did not vote on the First Plan — despite the Monitor explicitly stating that Callidus could have "vote[d] . . . the portion of its claim, assessed by Callidus, to be an unsecured claim" (Joint R.R., vol. III, at p.188).

D. *Bluberi's Interim Financing Application and Callidus's New Plan*

[18] On February 6, 2018, Bluberi filed one of the applications underlying these appeals, seeking authorization of a proposed third party litigation funding agreement ("LFA") with a publicly traded

plans d'arrangement à l'assemblée des créanciers soient partagés entre les parties et qu'il soit interdit à toute partie qui ne dépose pas les fonds nécessaires auprès du contrôleur de présenter son plan d'arrangement. Bluberi choisit de ne pas déposer les fonds nécessaires et, en conséquence, seul le premier plan de Callidus est présenté aux créanciers.

C. *Le vote des créanciers sur le premier plan de Callidus*

[16] Le 15 décembre 2017, Callidus soumet son premier plan au vote des créanciers. Le plan n'obtient pas l'appui nécessaire. Le paragraphe 6(1) de la *LACC* prévoit que, pour être approuvé, le plan doit obtenir la « double majorité » de chaque catégorie de créanciers — c'est-à-dire, la majorité en *nombre* d'une catégorie de créanciers, qui représente aussi les deux tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie de créanciers. Tous les créanciers de Bluberi, hormis Callidus, forment une seule catégorie de créanciers non garantis ayant droit de vote. Des 100 créanciers non garantis, 92 (qui ont ensemble une créance de 3 450 882 $) votent en faveur du plan, et 8 votent contre (qui ont ensemble une créance de 2 375 913 $). Le premier plan échoue parce que les réclamations des créanciers ayant voté en sa faveur ne détiennent que 59,22 p. 100 en valeur des réclamations de ceux ayant voté, ce qui ne respectait pas le seuil établi au par. 6(1). Plus particulièrement, SMT Hautes Technologies (« SMT »), qui détient 36,7 p. 100 de la dette de Bluberi, vote contre le plan.

[17] Callidus ne vote pas sur le premier plan — malgré les propos explicites du contrôleur, selon qui Callidus pouvait [TRADUCTION] « voter [. . .] selon le pourcentage de sa créance qui, de l'avis de Callidus, était non garantie » (dossier conjoint des intimés, vol. III, p. 188).

D. *La demande de financement provisoire de Bluberi et le nouveau plan de Callidus*

[18] Le 6 février 2018, Bluberi dépose une des demandes à l'origine des présents pourvois. Elle demande au tribunal l'autorisation de conclure un accord de financement du litige par un tiers (« AFL »)

2020 SCC 10 (CanLII)

litigation funder, IMF Bentham Limited or its Canadian subsidiary, Bentham IMF Capital Limited (collectively, "Bentham"). Bluberi's application also sought the placement of a $20 million super-priority charge in favour of Bentham on Bluberi's assets ("Litigation Financing Charge").

[19] The LFA contemplated that Bentham would fund Bluberi's litigation of the Retained Claims in exchange for receiving a portion of any settlement or award after trial. However, were Bluberi's litigation to fail, Bentham would lose all of its invested funds. The LFA also provided that Bentham could terminate the litigation of the Retained Claims if, acting reasonably, it were no longer satisfied of the merits or commercial viability of the litigation.

[20] Callidus and certain unsecured creditors who voted in favour of its plan (who are now respondents and style themselves the "Creditors' Group") contested Bluberi's application on the ground that the LFA was a plan of arrangement and, as such, had to be submitted to a creditors' vote.[2]

[21] On February 12, 2018, Callidus filed the other application underlying these appeals, seeking to put another plan of arrangement to a creditors' vote ("New Plan"). The New Plan was essentially identical to the First Plan, except that Callidus increased the proposed distribution by $250,000 (from $2.63 million to $2.88 million). Further, Callidus filed an amended proof of claim, which purported to value the security attached to its $3 million claim at *nil*. Callidus was of the view that this valuation was proper because Bluberi had no assets other than the Retained Claims. On this basis, Callidus asserted that it stood in the position of an unsecured creditor, and sought the supervising judge's permission to vote on the New Plan with the other unsecured creditors.

[2] Notably, the Creditors' Group advised Callidus that it would lend its support to the New Plan. It also asked Callidus to reimburse any legal fees incurred in association with that support. At the same time, the Creditors' Group did not undertake to vote in any particular way, and confirmed that each of its members would assess all available alternatives individually.

avec un bailleur de fonds de litiges coté en bourse, IMF Bentham Limited ou sa filiale canadienne, Corporation Bentham IMF Capital (collectivement, « Bentham »). Bluberi demande également l'autorisation de grever son actif d'une charge superprioritaire de 20 millions de dollars en faveur de Bentham (« charge liée au financement du litige »).

[19] L'AFL prévoit que Bentham financera le litige relatif aux réclamations réservées de Bluberi et qu'en retour elle recevra un pourcentage de toute somme convenue par règlement ou accordée à l'issue d'un procès. Toutefois, dans l'éventualité où Bluberi serait déboutée, Bentham perdra la totalité des fonds investis. L'AFL prévoit aussi que Bentham peut mettre fin au recours si, agissant de façon raisonnable, elle n'est plus convaincue du bien-fondé du litige ou de sa viabilité commerciale.

[20] Callidus et certains créanciers non garantis qui ont voté en faveur de son plan (qui sont maintenant intimés au présent pourvoi et se font appeler le « groupe de créanciers ») contestent la demande de Bluberi au motif que l'AFL est un plan d'arrangement et qu'à ce titre, il doit être soumis au vote des créanciers[2].

[21] Le 12 février 2018, Callidus dépose l'autre demande qui est à l'origine des présents pourvois, laquelle vise à soumettre un autre plan d'arrangement au vote des créanciers (« nouveau plan »). Le nouveau plan est pour l'essentiel identique au premier plan, sauf que Callidus propose que la somme à distribuer soit augmentée de 250 000 $ (passant de 2,63 millions à 2,88 millions de dollars). Callidus a en outre déposé une preuve de réclamation modifiée qui ramène à *zéro* la valeur de la garantie liée à sa créance de 3 millions de dollars. Callidus considère que cette évaluation est juste parce que Bluberi n'a aucun autre élément d'actif que les revendications réservées. Sur cette base, elle fait valoir qu'elle se trouve dans la situation d'un créancier non garanti et

[2] Fait à remarquer, le groupe de créanciers a informé Callidus qu'il appuierait le nouveau plan. Il lui a aussi demandé de rembourser tous les frais juridiques découlant de cet appui. Par ailleurs, le groupe de créanciers ne s'est pas engagé à voter d'une certaine façon, et a confirmé que chacun de ses membres évaluerait toutes les possibilités qui s'offraient à lui.

2020 SCC 10 (CanLII)

Given the size of its claim, if Callidus were permitted to vote on the New Plan, the plan would necessarily pass a creditors' vote. Bluberi opposed Callidus's application.

[22] The supervising judge heard Bluberi's interim financing application and Callidus's application regarding its New Plan together. Notably, the Monitor supported Bluberi's position.

III. Decisions Below

A. *Quebec Superior Court, 2018 QCCS 1040 (Michaud J.)*

[23] The supervising judge dismissed Callidus's application, declining to submit the New Plan to a creditors' vote. He granted Bluberi's application, authorizing Bluberi to enter into a litigation funding agreement with Bentham on the terms set forth in the LFA and imposing the Litigation Financing Charge on Bluberi's assets.

[24] With respect to Callidus's application, the supervising judge determined Callidus should not be permitted to vote on the New Plan because it was acting with an "improper purpose" (para. 48 (CanLII)). He acknowledged that creditors are generally entitled to vote in their own self-interest. However, given that the First Plan — which was almost identical to the New Plan — had been defeated by a creditors' vote, the supervising judge concluded that Callidus's attempt to vote on the New Plan was an attempt to override the result of the first vote. In particular, he wrote:

> Taking into consideration the creditors' interest, the Court accepted, in the fall of 2017, that Callidus' Plan be submitted to their vote with the understanding that, as a secured creditor, Callidus would not cast a vote. However, under the present circumstances, it would serve an improper purpose if Callidus was allowed to vote on its own plan, especially when its vote would very likely result in

demande au juge surveillant la permission de voter sur le nouveau plan avec les autres créanciers non garantis. Vu l'importance de sa réclamation, le plan serait nécessairement adopté par les créanciers si Callidus était autorisée à voter. Bluberi s'oppose à la demande de Callidus.

[22] Le juge surveillant instruit ensemble la demande de financement provisoire de Bluberi ainsi que la demande présentée par Callidus concernant son nouveau plan. Il est à souligner que le contrôleur appuie la position de Bluberi.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2018 QCCS 1040 (le juge Michaud)*

[23] Le juge surveillant rejette la demande de Callidus et refuse de soumettre le nouveau plan au vote des créanciers. Il accueille la demande de Bluberi, l'autorisant ainsi à conclure un accord de financement du litige avec Bentham aux conditions énoncées dans l'AFL et ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige.

[24] En ce qui a trait à la demande de Callidus, le juge surveillant décide que cette dernière ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'elle agit dans un [TRADUCTION] « but illégitime » (par. 48 (CanLII)). Il reconnaît que les créanciers ont habituellement le droit de voter dans leur propre intérêt. Or, étant donné que le premier plan — qui était presque identique au nouveau plan — a été rejeté par les créanciers, le juge surveillant conclut qu'en demandant à voter sur le nouveau plan, Callidus tentait de contourner le résultat du premier vote. Il écrit notamment :

> [TRADUCTION] Tenant compte de leur intérêt, la Cour a accepté à l'automne 2017 que le plan de Callidus soit soumis au vote des créanciers, étant entendu que, en tant que créancière garantie, celle-ci ne voterait pas. Toutefois, si, dans les circonstances actuelles, Callidus était autorisée à voter sur son propre plan, elle le ferait dans un but illégitime d'autant plus qu'il est probable que son vote

2020 SCC 10 (CanLII)

the New Plan meeting the two thirds threshold for approval under the CCAA.

As pointed out by SMT, the main unsecured creditor, Callidus' attempt to vote aims only at cancelling SMT's vote which prevented Callidus' Plan from being approved at the creditors' meeting.

It is one thing to let the creditors vote on a plan submitted by a secured creditor, it is another to allow this secured creditor to vote on its own plan in order to exert control over the vote for the sole purpose of obtaining releases. [paras. 45-47]

[25] The supervising judge concluded that, in these circumstances, allowing Callidus to vote would be both "unfair and unreasonable" (para. 47). He also observed that Callidus's conduct throughout the *CCAA* proceedings "lacked transparency" (at para. 41) and that Callidus was "solely motivated by the [pending] litigation" (para. 44). In sum, he found that Callidus's conduct was contrary to the "requirements of appropriateness, good faith, and due diligence", and ordered that Callidus would not be permitted to vote on the New Plan (para. 48, citing *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 70).

[26] Because Callidus was not permitted to vote on the New Plan and SMT had unequivocally stated its intention to vote against it, the supervising judge concluded that the plan had no reasonable prospect of success. He therefore declined to submit it to a creditors' vote.

[27] With respect to Bluberi's application, the supervising judge considered three issues relevant to these appeals: (1) whether the LFA should be submitted to a creditors' vote; (2) if not, whether the LFA ought to be approved by the court; and (3) if so, whether the $20 million Litigation Financing Charge should be imposed on Bluberi's assets.

[28] The supervising judge determined that the LFA did not need to be submitted to a creditors' vote because it was not a plan of arrangement. He considered a plan of arrangement to involve "an arrangement

permettrait d'atteindre le seuil de deux tiers nécessaire pour que le nouveau plan soit approuvé en vertu de la LACC.

Comme l'a souligné SMT, la principale créancière non garantie, Callidus souhaite voter afin d'annuler le vote de SMT, qui a empêché que son plan soit approuvé lors de l'assemblée des créanciers.

C'est une chose de laisser les créanciers voter sur un plan présenté par un créancier garanti, c'en est une autre de laisser ce créancier garanti voter sur son propre plan et exercer ainsi un contrôle sur le vote à seule fin d'être libéré de toute responsabilité. [par. 45-47]

[25] Le juge surveillant conclut que, dans les circonstances, permettre à Callidus de voter serait à la fois [TRADUCTION] « injuste et déraisonnable » (par. 47). Il note aussi que, tout au long de la procédure introduite en vertu de la *LACC*, Callidus a « manqué de transparence » (par. 41) et qu'elle « n'est motivée que par le litige [en cours] » (par. 44). En somme, il conclut que la conduite de Callidus est contraire à « l'opportunité, [à] la bonne foi et [à] la diligence » requises, et il ordonne que Callidus ne puisse pas voter sur le nouveau plan (par. 48, citant *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 70).

[26] Puisque Callidus n'a pas été autorisée à voter sur le nouveau plan et que SMT a manifesté sans équivoque son intention de voter contre celui-ci, le juge surveillant conclut que le plan n'a aucune possibilité raisonnable de recevoir l'aval des créanciers. Il refuse donc de le soumettre au vote des créanciers.

[27] Pour ce qui est de la demande de Bluberi, le juge surveillant examine trois questions qui sont pertinentes pour les présents pourvois : (1) si l'AFL devait être soumis au vote des créanciers; (2) dans la négative, si l'AFL devait être approuvé par le tribunal; et (3) le cas échéant, s'il devait ordonner que la charge liée au financement du litige de 20 millions de dollars grève les actifs de Bluberi.

[28] Le juge surveillant décide qu'il n'est pas nécessaire de soumettre l'AFL au vote des créanciers parce qu'il ne s'agit pas d'un plan d'arrangement. Il considère qu'un tel plan suppose [TRADUCTION] « un

2020 SCC 10 (CanLII)

or compromise between a debtor and its creditors" (para. 71, citing *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, at para. 92 ("*Crystallex*")). In his view, the LFA lacked this essential feature. He also concluded that the LFA did not need to be accompanied by a plan, as Bluberi had stated its intention to file a plan in the future.

[29] After reviewing the terms of the LFA, the supervising judge found it met the criteria for approval of third party litigation funding set out in *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, at para. 41, and *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, at para. 4 (CanLII). In particular, he considered Bentham's percentage of return to be reasonable in light of its level of investment and risk. Further, the supervising judge rejected Callidus and the Creditors' Group's argument that the LFA gave too much discretion to Bentham. He found that the LFA did not allow Bentham to exert undue influence on the litigation of the Retained Claims, noting similarly broad clauses had been approved in the *CCAA* context (para. 82, citing *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, at para. 23).

[30] Finally, the supervising judge imposed the Litigation Financing Charge on Bluberi's assets. While significant, the supervising judge considered the amount to be reasonable given: the amount of damages that would be claimed from Callidus; Bentham's financial commitment to the litigation; and the fact that Bentham was not charging any interim fees or interest (i.e., it would only profit in the event of successful litigation or settlement). Put simply, Bentham was taking substantial risks, and it was reasonable that it obtain certain guarantees in exchange.

[31] Callidus, again supported by the Creditors' Group, appealed the supervising judge's order, impleading Bentham in the process.

arrangement ou une transaction entre un débiteur et ses créanciers » (par. 71, citant *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, par. 92 (« *Crystallex* »)). À son avis, l'AFL est dépourvu de cette caractéristique essentielle. Il conclut aussi qu'il n'est pas nécessaire que l'AFL soit assorti d'un plan étant donné que Bluberi a exprimé l'intention d'en déposer un plus tard.

[29] Après en avoir examiné les modalités, le juge surveillant conclut que l'AFL respecte le critère d'approbation applicable en matière de financement d'un litige par un tiers qui est établi dans les décisions *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, par. 41, et *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, par. 4 (CanLII). Plus particulièrement, il considère que le taux de retour de Bentham est raisonnable eu égard à son niveau d'investissement et de risque. Il rejette en outre l'argument avancé par Callidus et le groupe de créanciers, qui soutenaient que l'AFL donne trop de latitude à Bentham. Il conclut que l'AFL ne permet pas à Bentham d'exercer une influence indue sur le déroulement du litige lié aux réclamations réservées et souligne que des clauses générales semblables à celles qu'il contient ont déjà été approuvées dans le contexte de la *LACC* (par. 82, citant *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, par. 23).

[30] Enfin, le juge surveillant ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige. Il juge que, même s'il est élevé, le montant en question est raisonnable étant donné : le montant des dommages-intérêts qui sont réclamés à Callidus; l'engagement financier de Bentham dans le litige; et le fait que Bentham n'exige aucune provision pour frais ou intérêts (c.-à-d. qu'elle ne tirera profit de l'accord que si le procès ou le règlement est couronné de succès). En termes simples, Bentham prend des risques importants et il est raisonnable qu'elle obtienne certaines garanties en échange.

[31] Callidus, de nouveau appuyée par le groupe de créanciers, interjette appel de l'ordonnance du juge surveillant et met en cause Bentham.

2020 SCC 10 (CanLII)

B. *Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 171 (Dutil and Schrager JJ.A. and Dumas J. (ad hoc))*

[32] The Court of Appeal allowed the appeal, finding that "[t]he exercise of the judge's discretion [was] not founded in law nor on a proper treatment of the facts so that irrespective of the standard of review applied, appellate intervention [was] justified" (para. 48 (CanLII)). In particular, the court identified two errors of relevance to these appeals.

[33] First, the court was of the view that the supervising judge erred in finding that Callidus had an improper purpose in seeking to vote on its New Plan. In its view, Callidus should have been permitted to vote. The court relied heavily on the notion that creditors have a right to vote in their own self-interest. It held that any judicial discretion to preclude voting due to improper purpose should be reserved for the "clearest of cases" (para. 62, referring to *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, at para. 45). The court was of the view that Callidus's transparent attempt to obtain a release from Bluberi's claims against it did not amount to an improper purpose. The court also considered Callidus's conduct prior to and during the *CCAA* proceedings to be incapable of justifying a finding of improper purpose.

[34] Second, the court concluded that the supervising judge erred in approving the LFA as interim financing because, in its view, the LFA was not connected to Bluberi's commercial operations. The court concluded that the supervising judge had both "misconstrued in law the notion of interim financing and misapplied that notion to the factual circumstances of the case" (para. 78).

[35] In light of this perceived error, the court substituted its view that the LFA was a plan of arrangement and, as a result, should have been submitted

B. *Cour d'appel du Québec, 2019 QCCA 171 (les juges Dutil et Schrager et le juge Dumas (ad hoc))*

[32] La Cour d'appel accueille l'appel et conclut que [TRADUCTION] « [l]'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire [n'était] pas fondé en droit, non plus qu'il ne reposait sur un traitement approprié des faits, de sorte que, peu importe la norme de contrôle appliquée, il [était] justifié d'intervenir en appel » (par. 48 (CanLII)). En particulier, la cour relève deux erreurs qui sont pertinentes pour les présents pourvois.

[33] D'une part, la cour conclut que le juge surveillant a commis une erreur en concluant que Callidus a agi dans un but illégitime en demandant l'autorisation de voter sur son nouveau plan. À son avis, Callidus aurait dû être autorisée à voter. La cour s'appuie grandement sur l'idée que les créanciers ont le droit de voter en fonction de leur propre intérêt. Elle juge que l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui consiste à empêcher un créancier de voter dans un but illégitime devrait être [TRADUCTION] « réservé aux cas les plus évidents » (par. 62, renvoyant à *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, par. 45). Selon elle, en tentant de façon transparente d'être libérée des réclamations de Bluberi à son égard, Callidus ne pouvait être considérée comme ayant agi dans un but illégitime. La cour conclut également que la conduite de Callidus, avant et pendant la procédure introduite en vertu de la *LACC*, ne pouvait justifier la conclusion qu'il existe un but illégitime.

[34] D'autre part, la cour conclut que le juge surveillant a eu tort d'approuver l'AFL en tant qu'accord de financement provisoire parce qu'à son avis, il n'est pas lié aux opérations commerciales de Bluberi. Elle conclut que le juge surveillant a [TRADUCTION] « donné à la notion de financement provisoire une interprétation non fondée en droit et qu'il a mal appliqué cette notion aux circonstances factuelles de l'affaire » (par. 78).

[35] À la lumière de ce qu'elle percevait comme une erreur, la cour substitue son opinion selon laquelle l'AFL est un plan d'arrangement et que pour

2020 SCC 10 (CanLII)

to a creditors' vote. It held that "[a]n arrangement or proposal can encompass both a compromise of creditors' claims as well as the process undertaken to satisfy them" (para. 85). The court considered the LFA to be a plan of arrangement because it affected the creditors' share in any eventual litigation proceeds, would cause them to wait for the outcome of any litigation, and could potentially leave them with nothing at all. Moreover, the court held that Bluberi's scheme "as a whole", being the prosecution of the Retained Claims and the LFA, should be submitted as a plan to the creditors for their approval (para. 89).

[36] Bluberi and Bentham (collectively, "appellants"), again supported by the Monitor, now appeal to this Court.

IV. Issues

[37] These appeals raise two issues:

(1) Did the supervising judge err in barring Callidus from voting on its New Plan on the basis that it was acting for an improper purpose?

(2) Did the supervising judge err in approving the LFA as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*?

V. Analysis

A. *Preliminary Considerations*

[38] Addressing the above issues requires situating them within the contemporary Canadian insolvency landscape and, more specifically, the *CCAA* regime. Accordingly, before turning to those issues, we review (1) the evolving nature of *CCAA* proceedings; (2) the role of the supervising judge in those proceedings; and (3) the proper scope of appellate review of a supervising judge's exercise of discretion.

cette raison, il aurait dû être soumis au vote des créanciers. Elle conclut [TRADUCTION] « [qu'u]n arrangement ou une proposition peut englober une transaction visant les réclamations des créanciers ainsi que le processus suivi pour y donner suite » (par. 85). La cour juge que l'AFL est un plan d'arrangement parce qu'il a une incidence sur la participation des créanciers à l'indemnité susceptible d'être accordée à la suite d'un litige, qu'il oblige ceux-ci à attendre l'issue de tout litige, et qu'il est possible que les créanciers se retrouvent les mains vides. De plus, la cour conclut que le projet de Bluberi « dans son entièreté », soit la poursuite des réclamations réservées et l'AFL, doit être soumis à l'approbation des créanciers (par. 89).

[36] Bluberi et Bentham (collectivement, les « appelantes »), encore une fois appuyées par le contrôleur, se pourvoient maintenant devant notre Cour.

IV. Questions en litige

[37] Les pourvois soulèvent deux questions :

(1) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en empêchant Callidus de voter sur son nouveau plan au motif qu'elle agissait dans un but illégitime?

(2) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en approuvant l'AFL en tant que plan de financement provisoire, selon les termes de l'art. 11.2 de la *LACC*?

V. Analyse

A. *Considérations préliminaires*

[38] Pour répondre aux questions ci-dessus, nous devons les situer dans le contexte contemporain de l'insolvabilité au Canada, et plus précisément du régime de la *LACC*. Ainsi, avant de passer à ces questions, nous examinons (1) la nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la *LACC*; (2) le rôle que joue le juge surveillant dans ces procédures; et (3) la portée du contrôle, en appel, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant.

2020 SCC 10 (CanLII)

(1) The Evolving Nature of *CCAA* Proceedings

[39] The *CCAA* is one of three principal insolvency statutes in Canada. The others are the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*BIA*"), which covers insolvencies of both individuals and companies, and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 ("*WURA*"), which covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, such as insurance companies (*WURA*, s. 6(1)). While both the *CCAA* and the *BIA* enable reorganizations of insolvent companies, access to the *CCAA* is restricted to debtor companies facing total claims in excess of $5 million (*CCAA*, s. 3(1)).

[40] Together, Canada's insolvency statutes pursue an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially "catastrophic" impacts insolvency can have (*Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 1). These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor's assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company (J. P. Sarra, "The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law", in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, at pp. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at pp. 4-5 and 14; Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act* (2003), at pp. 9-10; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 4-5).

(1) La nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la *LACC*

[39] La *LACC* est l'une des trois principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité. Les autres sont la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985 c. B-3 (« *LFI* »), qui traite de l'insolvabilité des personnes physiques et des sociétés, et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985 c. W-11 (« *LLR* »), qui traite de l'insolvabilité des institutions financières et de certaines autres personnes morales, telles que les compagnies d'assurance (*LLR*, par. 6(1)). Bien que la *LACC* et la *LFI* permettent toutes deux la restructuration de compagnies insolvables, l'accès à la *LACC* est limité aux sociétés débitrices qui sont aux prises avec des réclamations dont le montant total est supérieur à 5 millions de dollars (*LACC*, par. 3(1)).

[40] Ensemble, les lois canadiennes sur l'insolvabilité poursuivent un grand nombre d'objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement « catastrophiques » qui peuvent découler de l'insolvabilité (*Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 1). Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l'insolvabilité d'un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d'un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l'intérêt public; et, dans le contexte d'une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie (J. P. Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, p. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2e éd. 2013), p. 4-5 et 14; Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 13-14; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2e éd. 2015), p. 4-5).

2020 SCC 10 (CanLII)

[41] Among these objectives, the *CCAA* generally prioritizes "avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company" (*Century Services*, at para. 70). As a result, the typical *CCAA* case has historically involved an attempt to facilitate the reorganization and survival of the pre-filing debtor company in an operational state — that is, as a going concern. Where such a reorganization was not possible, the alternative course of action was seen as a liquidation through either a receivership or under the *BIA* regime. This is precisely the outcome that was sought in *Century Services* (see para. 14).

[42] That said, the *CCAA* is fundamentally insolvency legislation, and thus it also "has the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm's financial distress . . . and enhancement of the credit system generally" (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at p. 14; see also *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1 ("*Essar*"), at para. 103). In pursuit of those objectives, *CCAA* proceedings have evolved to permit outcomes that do not result in the emergence of the pre-filing debtor company in a restructured state, but rather involve some form of liquidation of the debtor's assets under the auspices of the Act itself (Sarra, "The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law", at pp. 19-21). Such scenarios are referred to as "liquidating CCAAs", and they are now commonplace in the *CCAA* landscape (see *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, at para. 70).

[41] Parmi ces objectifs, la *LACC* priorise en général le fait d'« éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable » (*Century Services*, par. 70). C'est pourquoi les affaires types qui relèvent de cette loi ont historiquement facilité la restructuration de l'entreprise débitrice qui n'a pas encore déposé de proposition en la maintenant dans un état opérationnel, c'est-à-dire en permettant qu'elle poursuive ses activités. Lorsqu'une telle restructuration n'était pas possible, on considérait qu'il fallait alors procéder à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la *LFI*. C'est précisément le résultat qui était recherché dans l'affaire *Century Services* (voir par. 14).

[42] Cela dit, la *LACC* est fondamentalement une loi sur l'insolvabilité, et à ce titre, elle a aussi [TRADUCTION] « comme objectifs simultanés de maximiser le recouvrement au profit des créanciers, de préserver la valeur d'exploitation dans la mesure du possible, de protéger les emplois et les collectivités touchées par les difficultés financières de l'entreprise [. . .] et d'améliorer le système de crédit de manière générale » (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 14; voir aussi *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1 (« *Essar* »), par. 103). Afin d'atteindre ces objectifs, les procédures intentées sous le régime de la *LACC* ont évolué de telle sorte qu'elles permettent des solutions qui évitent l'émergence, sous une forme restructurée, de la société débitrice qui existait avant le début des procédures, mais qui impliquent plutôt une certaine forme de liquidation des actifs du débiteur sous le régime même de la Loi (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibium for Insolvency Law », p. 19-21). Ces cas, qualifiés de [TRADUCTION] « procédures de liquidation sous le régime de la *LACC* », sont maintenant courants dans le contexte de la *LACC* (voir *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, par. 70).

2020 SCC 10 (CanLII)

[43] Liquidating CCAAs take diverse forms and may involve, among other things: the sale of the debtor company as a going concern; an "en bloc" sale of assets that are capable of being operationalized by a buyer; a partial liquidation or downsizing of business operations; or a piecemeal sale of assets (B. Kaplan, "Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?", in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, at pp. 87-89). The ultimate commercial outcomes facilitated by liquidating CCAAs are similarly diverse. Some may result in the continued operation of the business of the debtor under a different going concern entity (e.g., the liquidations in *Indalex* and *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), while others may result in a sale of assets and inventory with no such entity emerging (e.g., the proceedings in *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, at paras. 7 and 31). Others still, like the case at bar, may involve a going concern sale of most of the assets of the debtor, leaving residual assets to be dealt with by the debtor and its stakeholders.

[43] Les procédures de liquidation sous le régime de la *LACC* revêtent différentes formes et peuvent, entre autres, inclure la vente de la société débitrice à titre d'entreprise en activité; la vente « en bloc » des éléments d'actif susceptibles d'être exploités par un acquéreur; une liquidation partielle de l'entreprise ou une réduction de ses activités; ou encore une vente de ses actifs élément par élément (B. Kaplan, « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? » dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, p. 87-89). Les résultats commerciaux ultimement obtenus à l'issue des procédures de liquidation introduites sous le régime de la *LACC* sont eux aussi variés. Certaines procédures peuvent avoir pour résultat la continuité des activités de la débitrice sous la forme d'une autre entité viable (p. ex., les sociétés liquidées dans *Indalex* et *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (C.J. Ont., Div. gén.)), alors que d'autres peuvent simplement aboutir à la vente des actifs et de l'inventaire sans donner naissance à une nouvelle entité (p. ex., la procédure en cause dans *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, par. 7 et 31). D'autres encore, comme dans le dossier qui nous occupe, peuvent donner lieu à la vente de la plupart des actifs de la débitrice en vue de la poursuite de son activité, laissant à la débitrice et aux parties intéressées le soin de s'occuper des actifs résiduaires.

[44] *CCAA* courts first began approving these forms of liquidation pursuant to the broad discretion conferred by the Act. The emergence of this practice was not without criticism, largely on the basis that it appeared to be inconsistent with the *CCAA* being a "restructuring statute" (see, e.g., *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, at paras. 15-16, aff'g 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, at paras. 40-43; A. Nocilla, "The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada" (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73, at pp. 88-92).

[44] Les tribunaux chargés de l'application de la *LACC* ont d'abord commencé à approuver ces formes de liquidation en exerçant le vaste pouvoir discrétionnaire que leur confère la Loi. L'émergence de cette pratique a fait l'objet de critiques, essentiellement parce qu'elle semblait incompatible avec l'objectif de « restructuration » de la *LACC* (voir, p. ex., *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, par. 15-16, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, par. 40-43; A. Nocilla, « The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73, p. 88-92).

[45] However, since s. 36 of the *CCAA* came into force in 2009, courts have been using it to effect liquidating CCAAs. Section 36 empowers courts to authorize the sale or disposition of a debtor

[45] Toutefois, depuis que l'art. 36 de la *LACC* est entré en vigueur en 2009, les tribunaux l'utilisent pour consentir à une liquidation sous le régime de la *LACC*. L'article 36 confère aux tribunaux le pouvoir

2020 SCC 10 (CanLII)

company's assets outside the ordinary course of business.[3] Significantly, when the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended the adoption of s. 36, it observed that liquidation is not necessarily inconsistent with the remedial objectives of the *CCAA*, and that it may be a means to "raise capital [to facilitate a restructuring], eliminate further loss for creditors or focus on the solvent operations of the business" (p. 147). Other commentators have observed that liquidation can be a "vehicle to restructure a business" by allowing the business to survive, albeit under a different corporate form or ownership (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at p. 169; see also K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at p. 311). Indeed, in *Indalex*, the company sold its assets under the *CCAA* in order to preserve the jobs of its employees, despite being unable to survive as their employer (see para. 51).

[46] Ultimately, the relative weight that the different objectives of the *CCAA* take on in a particular case may vary based on the factual circumstances, the stage of the proceedings, or the proposed solutions that are presented to the court for approval. Here, a parallel may be drawn with the *BIA* context. In *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at para. 67, this Court explained that, as a general matter, the *BIA* serves two purposes: (1) the bankrupt's financial rehabilitation and (2) the equitable distribution of the bankrupt's assets among creditors. However,

[3] We note that while s. 36 now codifies the jurisdiction of a supervising court to grant a sale and vesting order, and enumerates factors to guide the court's discretion to grant such an order, it is silent on when courts ought to approve a liquidation under the *CCAA* as opposed to requiring the parties to proceed to liquidation under a receivership or the *BIA* regime (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 167-68; A. Nocilla, "Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36" (2012) 52 *Can. Bus. L.J.* 226, at pp. 243-44 and 247). This issue remains an open question and was not put to this Court in either *Indalex* or these appeals.

d'autoriser la vente ou la disposition des actifs d'une compagnie débitrice hors du cours ordinaire de ses affaires[3]. Fait important, lorsque le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé l'adoption de l'art. 36, il a fait observer que la liquidation n'est pas nécessairement incompatible avec les objectifs réparateurs de la *LACC* et qu'il pourrait s'agir d'un moyen « soit pour obtenir des capitaux [et faciliter la restructuration] ou éviter des pertes plus graves aux créanciers, soit pour se concentrer sur ses activités solvables » (p. 163). D'autres auteurs ont observé que la liquidation peut [TRADUCTION] « être un moyen de restructurer une entreprise » en lui permettant de survivre, quoique sous une forme corporative différente ou sous la gouverne de propriétaires différents (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 169; voir aussi K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4e éd. 2019), p. 311). D'ailleurs, dans l'arrêt *Indalex*, la compagnie a vendu ses actifs sous le régime de la *LACC* afin de protéger les emplois de son personnel, même si elle ne pouvait demeurer leur employeur (voir par. 51).

[46] En définitive, le poids relatif attribué aux différents objectifs de la *LACC* dans une affaire donnée peut varier en fonction des circonstances factuelles, de l'étape des procédures ou des solutions qui sont présentées à la cour pour approbation. En l'espèce, il est possible d'établir un parallèle avec le contexte de la *LFI*. Dans l'arrêt *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150, par. 67, notre Cour a expliqué que, de façon générale, la *LFI* vise deux objectifs : (1) la réhabilitation financière du failli, et (2) le partage équitable des actifs du failli entre les créanciers. Or, dans les cas où

[3] Mentionnons que, bien que l'art. 36 codifie désormais le pouvoir du juge surveillant de rendre une ordonnance de vente et de dévolution, et qu'il énonce les facteurs devant orienter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une telle ordonnance, il est muet quant aux circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent approuver une liquidation sous le régime de la *LACC* plutôt que d'exiger des parties qu'elles procèdent à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la *LFI* (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 167-168; A. Nocilla, « Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012) 52 *Rev. can. dr. comm.* 226, p. 243-244 et 247). Cette question demeure ouverte et n'a pas été soumise à la Cour dans *Indalex* non plus que dans les présents pourvois.

2020 SCC 10 (CanLII)

in circumstances where a debtor corporation will never emerge from bankruptcy, only the latter purpose is relevant (see para. 67). Similarly, under the *CCAA*, when a reorganization of the pre-filing debtor company is not a possibility, a liquidation that preserves going-concern value and the ongoing business operations of the pre-filing company may become the predominant remedial focus. Moreover, where a reorganization or liquidation is complete and the court is dealing with residual assets, the objective of maximizing creditor recovery from those assets may take centre stage. As we will explain, the architecture of the *CCAA* leaves the case-specific assessment and balancing of these remedial objectives to the supervising judge.

(2) The Role of a Supervising Judge in *CCAA* Proceedings

[47] One of the principal means through which the *CCAA* achieves its objectives is by carving out a unique supervisory role for judges (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 18-19). From beginning to end, each *CCAA* proceeding is overseen by a single supervising judge. The supervising judge acquires extensive knowledge and insight into the stakeholder dynamics and the business realities of the proceedings from their ongoing dealings with the parties.

[48] The *CCAA* capitalizes on this positional advantage by supplying supervising judges with broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case and "meet contemporary business and social needs" (*Century Services*, at para. 58) in "real-time" (para. 58, citing R. B. Jones, "The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law", in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 484). The anchor of this discretionary authority is s. 11, which empowers a judge "to make any order that [the judge] considers appropriate in the circumstances". This section has been described as "the engine" driving the statutory scheme (*Stelco*

la société débitrice ne s'extirpera jamais de la faillite, seul le dernier objectif est pertinent (voir par. 67). Dans la même veine, sous le régime de la *LACC*, lorsque la restructuration d'une société débitrice qui n'a pas déposé de proposition est impossible, une liquidation visant à protéger sa valeur d'exploitation et à maintenir ses activités courantes peut devenir l'objectif réparateur principal. En outre, lorsque la restructuration ou la liquidation est terminée et que le tribunal doit décider du sort des actifs résiduels, l'objectif de maximiser le recouvrement des créanciers à partir de ces actifs peut passer au premier plan. Comme nous l'expliquerons, la structure de la *LACC* laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs réparateurs.

(2) Le rôle du juge surveillant dans les procédures intentées sous le régime de la *LACC*

[47] Un des principaux moyens par lesquels la *LACC* atteint ses objectifs réside dans le rôle particulier de surveillance qu'elle réserve aux juges (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 18-19). Chaque procédure fondée sur la *LACC* est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant. En raison de ses rapports continus avec les parties, ce dernier acquiert une connaissance approfondie de la dynamique entre les intéressés et des réalités commerciales entourant la procédure.

[48] La *LACC* mise sur la position avantageuse qu'occupe le juge surveillant en lui accordant le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas et de « [s'adapter] aux besoins commerciaux et sociaux contemporains » (*Century Services*, par. 58) en « temps réel » (par. 58, citant R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 484). Le point d'ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l'art. 11, qui confère au juge le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée ». Cette disposition a été décrite

2020 SCC 10 (CanLII)

Inc. (Re) (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36).

[49] The discretionary authority conferred by the *CCAA*, while broad in nature, is not boundless. This authority must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the *CCAA*, which we have explained above (see *Century Services*, at para. 59). Additionally, the court must keep in mind three "baseline considerations" (at para. 70), which the applicant bears the burden of demonstrating: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence (para. 69).

[50] The first two considerations of appropriateness and good faith are widely understood in the *CCAA* context. Appropriateness "is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the *CCAA*" (para. 70). Further, the well-established requirement that parties must act in good faith in insolvency proceedings has recently been made express in s. 18.6 of the *CCAA*, which provides:

Good faith

18.6 (1) Any interested person in any proceedings under this Act shall act in good faith with respect to those proceedings.

Good faith — powers of court

(2) If the court is satisfied that an interested person fails to act in good faith, on application by an interested person, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances.

(See also *BIA*, s. 4.2; *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, S.C. 2019, c. 29, ss. 133 and 140.)

[51] The third consideration of due diligence requires some elaboration. Consistent with the *CCAA* regime generally, the due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuver or

comme étant le « moteur » du régime législatif (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (C.A. Ont.), par. 36).

[49] Quoique vaste, le pouvoir discrétionnaire conféré par la *LACC* n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*, que nous avons expliqués ci-dessus (voir *Century Services*, par. 59). En outre, la cour doit garder à l'esprit les trois « considérations de base » (par. 70) qu'il incombe au demandeur de démontrer : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) qu'il a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue (par. 69).

[50] Les deux premières considérations, l'opportunité et la bonne foi, sont largement connues dans le contexte de la *LACC*. Le tribunal « évalue l'opportunité de l'ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi » (par. 70). Par ailleurs, l'exigence bien établie selon laquelle les parties doivent agir de bonne foi dans les procédures d'insolvabilité est depuis peu mentionnée de façon expresse à l'art. 18.6 de la *LACC*, qui dispose :

Bonne foi

18.6 (1) Tout intéressé est tenu d'agir de bonne foi dans le cadre d'une procédure intentée au titre de la présente loi.

Bonne foi — pouvoirs du tribunal

(2) S'il est convaincu que l'intéressé n'agit pas de bonne foi, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée.

(Voir aussi *LFI*, art. 4.2; *Loi nº 1 d'exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, c. 29, art. 133 et 140.)

[51] La troisième considération, celle de la diligence, requiert qu'on s'y attarde. Conformément au régime de la *LACC* en général, la considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent

2020 SCC 10 (CanLII)

position themselves to gain an advantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at p. 31). The procedures set out in the *CCAA* rely on negotiations and compromise between the debtor and its stakeholders, as overseen by the supervising judge and the monitor. This necessarily requires that, to the extent possible, those involved in the proceedings be on equal footing and have a clear understanding of their respective rights (see McElcheran, at p. 262). A party's failure to participate in *CCAA* proceedings in a diligent and timely fashion can undermine these procedures and, more generally, the effective functioning of the *CCAA* regime (see, e.g., *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276, at para. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, at paras. 51-52, in which the courts seized on a party's failure to act diligently).

[52] We pause to note that supervising judges are assisted in their oversight role by a court appointed monitor whose qualifications and duties are set out in the *CCAA* (see ss. 11.7, 11.8 and 23 to 25). The monitor is an independent and impartial expert, acting as "the eyes and the ears of the court" throughout the proceedings (*Essar*, at para. 109). The core of the monitor's role includes providing an advisory opinion to the court as to the fairness of any proposed plan of arrangement and on orders sought by parties, including the sale of assets and requests for interim financing (see *CCAA*, s. 23(1)(d) and (i); Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 566 and 569).

pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (C.J. Ont. (Div. gén.)), p. 31). La procédure prévue par la *LACC* se fonde sur les négociations et les transactions entre le débiteur et les intéressés, le tout étant supervisé par le juge surveillant et le contrôleur. Il faut donc nécessairement que, dans la mesure du possible, ceux qui participent au processus soient sur un pied d'égalité et aient une compréhension claire de leurs droits respectifs (voir McElcheran, p. 262). La partie qui, dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*, n'agit pas avec diligence et en temps utile risque de compromettre le processus et, de façon plus générale, de nuire à l'efficacité du régime de la Loi (voir, p. ex., *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6 par. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276 par. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, par. 51-52, où les tribunaux se sont penchés sur le manque de diligence d'une partie).

[52] Nous soulignons que les juges surveillants s'acquittent de leur rôle de supervision avec l'aide d'un contrôleur qui est nommé par le tribunal et dont les compétences et les attributions sont énoncées dans la *LACC* (voir art. 11.7, 11.8 et 23 à 25). Le contrôleur est un expert indépendant et impartial qui agit comme [TRADUCTION] « les yeux et les oreilles du tribunal » tout au long de la procédure (*Essar*, par. 109). Il a essentiellement pour rôle de donner au tribunal des avis consultatifs sur le caractère équitable de tout plan d'arrangement proposé et sur les ordonnances demandées par les parties, y compris celles portant sur la vente d'actifs et le financement provisoire (voir *LACC*, al. 23(1)d) et i); Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 566 et 569).

2020 SCC 10 (CanLII)

(3) Appellate Review of Exercises of Discretion by a Supervising Judge

[53] A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising *CCAA* proceedings. As such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably (see *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, at para. 98; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, at para. 23). Appellate courts must be careful not to substitute their own discretion in place of the supervising judge's (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, at para. 20).

[54] This deferential standard of review accounts for the fact that supervising judges are steeped in the intricacies of the *CCAA* proceedings they oversee. In this respect, the comments of Tysoe J.A. in *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339 ("*Re Edgewater Casino Inc.*), at para. 20, are apt:

> . . . one of the principal functions of the judge supervising the *CCAA* proceeding is to attempt to balance the interests of the various stakeholders during the reorganization process, and it will often be inappropriate to consider an exercise of discretion by the supervising judge in isolation of other exercises of discretion by the judge in endeavoring to balance the various interests. . . . *CCAA* proceedings are dynamic in nature and the supervising judge has intimate knowledge of the reorganization process. The nature of the proceedings often requires the supervising judge to make quick decisions in complicated circumstances.

[55] With the foregoing in mind, we turn to the issues on appeal.

(3) Le contrôle en appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant

[53] Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la *LACC* commandent un degré élevé de déférence. Ainsi, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable (voir *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, par. 98; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, par. 23). Elles doivent prendre garde de ne pas substituer leur propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge surveillant (*New Skeena Forest Products Inc.*, *Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, par. 20).

[54] Cette norme déférente de contrôle tient compte du fait que le juge surveillant possède une connaissance intime des procédures intentées sous le régime de la *LACC* dont il assure la supervision. À cet égard, les observations formulées par le juge Tysoe dans *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339 (« *Re Edgewater Casino Inc.* »), par. 20, sont pertinentes :

> [TRADUCTION] . . . une des fonctions principales du juge chargé de la supervision de la procédure fondée sur la *LACC* est d'essayer d'établir un équilibre entre les intérêts des différents intéressés durant le processus de restructuration, et il sera bien souvent inopportun d'examiner une des décisions qu'il aura rendues à cet égard isolément des autres. [. . .] Les procédures intentées sous le régime de la *LACC* sont de nature dynamique et le juge surveillant a une connaissance intime du processus de restructuration. La nature du processus l'oblige souvent à prendre des décisions rapides dans des situations complexes.

[55] En gardant ce qui précède à l'esprit, nous passons maintenant aux questions soulevées par le présent pourvoi.

2020 SCC 10 (CanLII)

B. *Callidus Should Not Be Permitted to Vote on Its New Plan*

[56] A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the *CCAA* that may restrict its voting rights (e.g., s. 22(3)), or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. We conclude that one such constraint arises from s. 11 of the *CCAA*, which provides supervising judges with the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose. Supervising judges are best-placed to determine whether this discretion should be exercised in a particular case. In our view, the supervising judge here made no error in exercising his discretion to bar Callidus from voting on the New Plan.

(1) Parameters of Creditors' Right to Vote on Plans of Arrangement

[57] Creditor approval of any plan of arrangement or compromise is a key feature of the *CCAA*, as is the supervising judge's oversight of that process. Where a plan is proposed, an application may be made to the supervising judge to order a creditors' meeting to vote on the proposed plan (*CCAA*, ss. 4 and 5). The supervising judge has the discretion to determine whether to order the meeting. For the purposes of voting at a creditors' meeting, the debtor company may divide the creditors into classes, subject to court approval (*CCAA*, s. 22(1)). Creditors may be included in the same class if "their interests or rights are sufficiently similar to give them a commonality of interest" (*CCAA*, s. 22(2); see also L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 4, at §149). If the requisite "double majority" in each class of creditors — again, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims — vote in favour of the plan, the supervising judge may sanction the plan (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, at para. 34; see *CCAA*, s. 6). The supervising judge will conduct what is

B. *Callidus ne devrait pas être autorisée à voter sur son nouveau plan*

[56] En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la *LACC* qui peuvent limiter son droit de voter (p. ex., par. 22(3)), ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Nous concluons qu'une telle limite découle de l'art. 11 de la *LACC*, qui confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter lorsqu'il agit dans un but illégitime. Le juge surveillant est mieux placé que quiconque pour déterminer s'il doit exercer ce pouvoir dans un cas donné. À notre avis, le juge surveillant n'a, en l'espèce, commis aucune erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan.

(1) Les paramètres du droit d'un créancier de voter sur un plan d'arrangement

[57] L'approbation par les créanciers d'un plan d'arrangement ou d'une transaction est l'une des principales caractéristiques de la *LACC*, tout comme la supervision du processus assurée par le juge surveillant. Lorsqu'un plan est proposé, le juge surveillant peut, sur demande, ordonner que soit convoquée une assemblée des créanciers pour que ceux-ci puissent voter sur le plan proposé (*LACC*, art. 4 et 5). Le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire de décider ou non d'ordonner qu'une assemblée soit convoquée. Pour les besoins du vote à l'assemblée des créanciers, la compagnie débitrice peut établir des catégories de créanciers, sous réserve de l'approbation du tribunal (*LACC,* par. 22(1)). Peuvent faire partie de la même catégorie les créanciers « ayant des droits ou intérêts à ce point semblables [. . .] qu'on peut en conclure qu'ils ont un intérêt commun » (*LACC*, par. 22(2); voir aussi L. W. Houlden, G. B. Morawetz, et J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4e éd. (feuilles mobiles)), vol. 4, §149). Si la « double majorité » requise dans chaque catégorie de créanciers — rappelons qu'il s'agit de la majorité en *nombre* d'une catégorie, qui représente aussi les deux-tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie — vote

2020 SCC 10 (CanLII)

commonly referred to as a "fairness hearing" to determine, among other things, whether the plan is fair and reasonable (Wood, at pp. 490-92; see also Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at p. 529; Houlden, Morawetz and Sarra at §45). Once sanctioned by the supervising judge, the plan is binding on each class of creditors that participated in the vote (*CCAA*, s. 6(1)).

[58] Creditors with a provable claim against the debtor whose interests are affected by a proposed plan are usually entitled to vote on plans of arrangement (Wood, at p. 470). Indeed, there is no express provision in the *CCAA* barring such a creditor from voting on a plan of arrangement, including a plan it sponsors.

[59] Notwithstanding the foregoing, the appellants submit that a purposive interpretation of s. 22(3) of the *CCAA* reveals that, as a general matter, a creditor should be precluded from voting on its own plan. Section 22(3) provides:

Related creditors

(3) A creditor who is related to the company may vote against, but not for, a compromise or arrangement relating to the company.

The appellants note that s. 22(3) was meant to harmonize the *CCAA* scheme with s. 54(3) of the *BIA*, which provides that "[a] creditor who is related to the debtor may vote against but not for the acceptance of the proposal." The appellants point out that, under s. 50(1) of the *BIA*, only debtors can sponsor plans; as a result, the reference to "debtor" in s. 54(3) captures *all* plan sponsors. They submit that if s. 54(3) captures all plan sponsors, s. 22(3) of the *CCAA* must do the same. On this basis, the appellants ask us to extend the voting restriction in s. 22(3) to apply not only to creditors who are "related to the company", as the provision states, but to any

en faveur du plan, le juge surveillant peut homologuer celui-ci (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, par. 34; voir la *LACC*, art. 6). Le juge surveillant tiendra ce qu'on appelle communément une [TRADUCTION] « audience d'équité » pour décider, entre autres choses, si le plan est juste et raisonnable (Wood, p. 490-492; Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 529; Houlden, Morawetz et Sarra, §45). Une fois homologué par le juge surveillant, le plan lie chaque catégorie de créanciers qui a participé au vote (*LACC*, par. 6(1)).

[58] Les créanciers qui ont une réclamation prouvable contre le débiteur et dont les intérêts sont touchés par un plan d'arrangement proposé ont habituellement le droit de voter sur un tel plan (Wood, p. 470). En fait, aucune disposition expresse de la *LACC* n'interdit à un créancier de voter sur un plan d'arrangement, y compris sur un plan dont il fait la promotion.

[59] Nonobstant ce qui précède, les appelantes soutiennent qu'une interprétation téléologique du par. 22(3) de la *LACC* révèle que, de façon générale, un créancier ne devrait pas pouvoir voter sur son propre plan. Le paragraphe 22(3) prévoit :

Créancier lié

(3) Le créancier lié à la compagnie peut voter contre, mais non pour, l'acceptation de la transaction ou de l'arrangement.

Les appelantes font remarquer que le par. 22(3) devait permettre d'harmoniser le régime de la *LACC* avec le par. 54(3) de la *LFI*, qui dispose que « [u]n créancier qui est lié au débiteur peut voter contre, mais non pour, l'acceptation de la proposition. » Elles soulignent que, en vertu du par. 50(1) de la *LFI*, seuls les débiteurs peuvent faire la promotion d'un plan; ainsi, le « débiteur » auquel renvoie le par. 54(3) s'entend de *tous* les promoteurs de plan. Elles soutiennent que, si le par. 54(3) vise tous les promoteurs de plan, le par. 22(3) de la *LACC* doit également les viser. Pour cette raison, les appelantes nous demandent d'étendre la restriction au droit de

2020 SCC 10 (CanLII)

creditor who sponsors a plan. They submit that this interpretation gives effect to the underlying intention of both provisions, which they say is to ensure that a creditor who has a conflict of interest cannot "dilute" or overtake the votes of other creditors.

[60] We would not accept this strained interpretation of s. 22(3). Section 22(3) makes no mention of conflicts of interest between creditors and plan sponsors generally. The wording of s. 22(3) only places voting restrictions on creditors who are "related to the [debtor] company". These words are "precise and unequivocal" and, as such, must "play a dominant role in the interpretive process" (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10). In our view, the appellants' analogy to the *BIA* is not sufficient to overcome the plain wording of this provision.

[61] While the appellants are correct that s. 22(3) was enacted to harmonize the treatment of related parties in the *CCAA* and *BIA*, its history demonstrates that it is not a general conflict of interest provision. Prior to the amendments incorporating s. 22(3) into the *CCAA*, the *CCAA* clearly allowed creditors to put forward a plan of arrangement (see Houlden, Morawetz and Sarra, at §33, *Red Cross*; *Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). In contrast, under the *BIA*, only debtors could make proposals. Parliament is presumed to have been aware of this obvious difference between the two statutes (see *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 59; see also *Third Eye*, at para. 57). Despite this difference, Parliament imported, with necessary modification, the wording of the *BIA* related creditor provision into the *CCAA*. Going beyond this language entails accepting that Parliament failed to choose the right words to give effect to its intention, which we do not.

voter imposée par le par. 22(3) de manière à ce qu'elle s'applique non seulement aux créanciers « lié[s] à la compagnie », comme le prévoit la disposition, mais aussi à tous les créanciers qui font la promotion d'un plan. Elles soutiennent que cette interprétation donne effet à l'intention sous-jacente aux deux dispositions, intention qui, de dire les appelantes, est de faire en sorte qu'un créancier qui est en conflit d'intérêts ne puisse pas « diluer » ou supplanter le vote des autres créanciers.

[60] Nous n'acceptons pas cette interprétation forcée du par. 22(3). Il n'est nullement question dans cette disposition de conflit d'intérêts entre les créanciers et les promoteurs d'un plan en général. Les restrictions au droit de voter imposées par le par. 22(3) ne s'appliquent qu'aux créanciers qui sont « lié[s] à la compagnie [débitrice] ». Ce libellé est « précis et non équivoque », et il doit ainsi « joue[r] un rôle primordial dans le processus d'interprétation » (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10). À notre avis, l'analogie que les appelantes font avec la *LFI* ne suffit pas à écarter le libellé clair de cette disposition.

[61] Bien que les appelantes aient raison de dire que l'adoption du par. 22(3) visait à harmoniser le traitement réservé aux parties liées par la *LACC* et la *LFI*, son historique montre qu'il ne s'agit pas d'une disposition générale relative aux conflits d'intérêts. Avant qu'elle soit modifiée et qu'on y incorpore le par. 22(3), la *LACC* permettait clairement aux créanciers de présenter un plan d'arrangement (voir Houlden, Morawetz et Sarra, §33, *Red Cross*; *Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). À l'opposé, en vertu de la *LFI*, seuls les débiteurs pouvaient déposer une proposition. Il faut présumer que le législateur était au fait de cette différence évidente entre les deux lois (voir *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 59; voir aussi *Third Eye*, par. 57). Le législateur a malgré tout importé dans la *LACC*, avec les adaptations nécessaires, le texte de la disposition de la *LFI* portant sur les créanciers liés. Aller au-delà de ce libellé suppose d'accepter que le législateur n'a pas choisi les bons mots pour donner effet à son intention, ce que nous ne ferons pas.

2020 SCC 10 (CanLII)

[62] Indeed, Parliament did not mindlessly reproduce s. 54(3) of the *BIA* in s. 22(3) of the *CCAA*. Rather, it made two modifications to the language of s. 54(3) to bring it into conformity with the language of the *CCAA*. First, it changed "proposal" (a defined term in the *BIA*) to "compromise or arrangement" (a term used throughout the *CCAA*). Second, it changed "debtor" to "company", recognizing that companies are the only kind of debtor that exists in the *CCAA* context.

[63] Our view is further supported by Industry Canada's explanation of the rationale for s. 22(3) as being to "reduce the ability of debtor companies to organize a restructuring plan that confers additional benefits to related parties" (Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada, *Bill C-12: Clause by Clause Analysis* (online), cl. 71, s. 22 (emphasis added); see also Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, at p. 151).

[64] Finally, we note that the *CCAA* contains other mechanisms that attenuate the concern that a creditor with conflicting legal interests with respect to a plan it proposes may distort the creditors' vote. Although we reject the appellants' interpretation of s. 22(3), that section still bars creditors who are related to the debtor company from voting in favour of *any* plan. Additionally, creditors who do not share a sufficient commonality of interest may be forced to vote in separate classes (s. 22(1) and (2)), and, as we will explain, a supervising judge may bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

(2) Discretion to Bar a Creditor From Voting in Furtherance of an Improper Purpose

[65] There is no dispute that the *CCAA* is silent on when a creditor who is otherwise entitled to vote on a plan can be barred from voting. However, *CCAA* supervising judges are often called upon "to sanction measures for which there is no explicit authority in the *CCAA*" (*Century Services*, at para. 61; see also para. 62). In *Century Services*, this Court endorsed

[62] En fait, le législateur n'a pas reproduit de façon irréfléchie, au par. 22(3) de la *LACC,* le texte du par. 54(3) de la *LFI*. Au contraire, il a apporté deux modifications au libellé du par. 54(3) pour l'adapter à celui employé dans la *LACC*. Premièrement, il a remplacé le terme « proposition » (défini dans la *LFI*) par les mots « transaction ou arrangement » (employés tout au long dans la *LACC*). Deuxièmement, il a remplacé « débiteur » par « compagnie », reconnaissant ainsi que les compagnies sont les seuls débiteurs qui existent dans le contexte de la *LACC*.

[63] Notre opinion est en outre appuyée par Industrie Canada, selon qui l'adoption du par. 22(3) se justifie par la volonté de « réduire la capacité des compagnies débitrices d'établir un plan de restructuration apportant des avantages supplémentaires à des personnes qui leur sont liées » (Bureau du surintendant des faillites Canada, *Projet de loi C-12 : analyse article par article* (en ligne), cl. 71, art. 22 (nous soulignons); voir aussi Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, p. 166).

[64] Enfin, nous soulignons que la *LACC* prévoit d'autres mécanismes qui réduisent le risque qu'un créancier en situation de conflit d'intérêts par rapport au plan qu'il propose puisse biaiser le vote des créanciers. Bien que nous rejetions l'interprétation donnée par les appelantes au par. 22(3), ce paragraphe interdit tout de même aux créanciers liés à la compagnie débitrice de voter en faveur de *tout* plan. De plus, les créanciers qui n'ont pas suffisamment d'intérêts en commun pourraient être contraints de voter dans des catégories distinctes (par. 22(1) et (2)); et, comme nous l'expliquerons, le juge surveillant peut empêcher un créancier de voter si ce dernier agit dans un but illégitime.

(2) Le pouvoir discrétionnaire d'interdire à un créancier de voter dans un but illégitime

[65] Il est acquis aux débats que la *LACC* ne contient aucune disposition énonçant les circonstances dans lesquelles un créancier, autrement admissible à voter sur un plan, peut être empêché de le faire. Toutefois, les juges chargés d'appliquer la *LACC* sont souvent appelés à « sanctionner des mesures non expressément prévues par la *LACC* »

2020 SCC 10 (CanLII)

a "hierarchical" approach to determining whether jurisdiction exists to sanction a proposed measure: ". . . courts [must] rely first on an interpretation of the provisions of the *CCAA* text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a *CCAA* proceeding" (para. 65). In most circumstances, a purposive and liberal interpretation of the provisions of the *CCAA* will be sufficient "to ground measures necessary to achieve its objectives" (para. 65).

[66] Applying this approach, we conclude that jurisdiction exists under s. 11 of the *CCAA* to bar a creditor from voting on a plan of arrangement or compromise where the creditor is acting for an improper purpose.

[67] Courts have long recognized that s. 11 of the *CCAA* signals legislative endorsement of the "broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence" (*Century Services*, at para. 68). Section 11 states:

General power of court

11 Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

On the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the *CCAA* itself, and the requirement that the order made be "appropriate in the circumstances".

[68] Where a party seeks an order relating to a matter that falls within the supervising judge's purview, and for which there is no *CCAA* provision conferring more specific jurisdiction, s. 11 necessarily is the

(*Century Services*, par. 61; voir aussi par. 62). Dans l'arrêt *Century Services*, notre Cour a souscrit à l'approche « hiérarchisée » qui vise à déterminer si le tribunal a compétence pour sanctionner une mesure proposée : « . . . les tribunaux procédèrent d'abord à une interprétation des dispositions de la *LACC* avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC* » (par. 65). Dans la plupart des cas, une interprétation téléologique et large des dispositions de la *LACC* suffira à « justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs » (par. 65).

[66] Après avoir appliqué cette approche, nous concluons que l'art. 11 de la *LACC* confère au tribunal le pouvoir d'interdire à un créancier de voter sur un plan d'arrangement ou une transaction s'il agit dans un but illégitime.

[67] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que le libellé de l'art. 11 de la *LACC* indique que le législateur a sanctionné « l'interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence » (*Century Services*, par. 68). L'article 11 est ainsi libellé :

Pouvoir général du tribunal

11 Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

Selon le libellé clair de la disposition, le pouvoir conféré par l'art. 11 n'est limité que par les restrictions imposées par la *LACC* elle-même, ainsi que par l'exigence que l'ordonnance soit « indiquée » dans les circonstances.

[68] Lorsqu'une partie sollicite une ordonnance relativement à une question qui entre dans le champ de compétence du juge surveillant, mais pour laquelle aucune disposition de la *LACC* ne confère plus

2020 SCC 10 (CanLII)

provision of first resort in anchoring jurisdiction. As Blair J.A. put it in *Stelco*, s. 11 "for the most part supplants the need to resort to inherent jurisdiction" in the *CCAA* context (para. 36).

[69] Oversight of the plan negotiation, voting, and approval process falls squarely within the supervising judge's purview. As indicated, there are no specific provisions in the *CCAA* which govern when a creditor who is otherwise eligible to vote on a plan may nonetheless be barred from voting. Nor is there any provision in the *CCAA* which suggests that a creditor has an absolute right to vote on a plan that cannot be displaced by a proper exercise of judicial discretion. However, given that the *CCAA* regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, creditors should only be barred from voting where the circumstances demand such an outcome. In other words, it is necessarily a discretionary, circumstance-specific inquiry.

[70] Thus, it is apparent that s. 11 serves as the source of the supervising judge's jurisdiction to issue a discretionary order barring a creditor from voting on a plan of arrangement. The exercise of this discretion must further the remedial objectives of the *CCAA* and be guided by the baseline considerations of appropriateness, good faith, and due diligence. This means that, where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to those objectives — that is, acting for an "improper purpose" — the supervising judge has the discretion to bar that creditor from voting.

[71] The discretion to bar a creditor from voting in furtherance of an improper purpose under the *CCAA* parallels the similar discretion that exists under the *BIA*, which was recognized in *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296. In *Laserworks*, the Nova Scotia

précisément compétence, l'art. 11 est nécessairement la disposition à laquelle on peut recourir d'emblée pour fonder la compétence du tribunal. Comme l'a dit le juge Blair dans l'arrêt *Stelco*, l'art. 11 [TRADUCTION] « fait en sorte que la plupart du temps, il est inutile de recourir à la compétence inhérente » dans le contexte de la *LACC* (par. 36).

[69] La supervision des négociations entourant le plan, tout comme le vote et le processus d'approbation, relève nettement de la compétence du juge surveillant. Comme nous l'avons dit, aucune disposition de la *LACC* ne vise le cas où un créancier par ailleurs admissible à voter sur un plan peut néanmoins être empêché de le faire. Il n'existe non plus aucune disposition de la *LACC* selon laquelle le droit que possède un créancier de voter sur un plan est absolu et que ce droit ne peut pas être écarté par l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Toutefois, étant donné le régime de la *LACC*, dont l'un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l'exigent. Autrement dit, il faut nécessairement procéder à un examen discrétionnaire axé sur les circonstances propres à chaque situation.

[70] L'article 11 constitue donc manifestement la source de la compétence du juge surveillant pour rendre une ordonnance discrétionnaire empêchant un créancier de voter sur un plan d'arrangement. L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit favoriser la réalisation des objets réparateurs de la *LACC* et être fondé sur les considérations de base que sont l'opportunité, la bonne foi et la diligence. Cela signifie que, lorsqu'un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer, à miner ces objectifs ou à aller à l'encontre de ceux-ci — c'est-à-dire à agir dans un « but illégitime » — le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter.

[71] Le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter dans un but illégitime au sens de la *LACC* s'apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la *LFI*, lequel a été reconnu dans l'arrêt *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R.

2020 SCC 10 (CanLII)

Court of Appeal concluded that the discretion to bar a creditor from voting in this way stemmed from the court's power, inherent in the scheme of the *BIA*, to supervise "[e]ach step in the bankruptcy process" (at para. 41), as reflected in ss. 43(7), 108(3), and 187(9) of the Act. The court explained that s. 187(9) specifically grants the power to remedy a "substantial injustice", which arises "when the *BIA* is used for an improper purpose" (para. 54). The court held that "[a]n improper purpose is any purpose collateral to the purpose for which the bankruptcy and insolvency legislation was enacted by Parliament" (para. 54).

[72] While not determinative, the existence of this discretion under the *BIA* lends support to the existence of similar discretion under the *CCAA* for two reasons.

[73] First, this conclusion would be consistent with this Court's recognition that the *CCAA* "offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion" than the *BIA* (*Century Services*, at para. 14 (emphasis added)).

[74] Second, this Court has recognized the benefits of harmonizing the two statutes to the extent possible. For example, in *Indalex*, the Court observed that "in order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements" to those received under the *BIA* (para. 51; see also *Century Services*, at para. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, at paras. 34-46). Thus, where the statutes are capable of bearing a harmonious interpretation, that interpretation ought to be preferred "to avoid the ills that can arise from [insolvency] 'statute-shopping'" (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, at para. 78; see also para. 73). In our view, the articulation of "improper purpose" set out in *Laserworks* — that is, any purpose collateral to the purpose of insolvency legislation — is entirely harmonious with the nature and scope of judicial discretion afforded by the *CCAA*. Indeed, as we have explained, this

(2d) 296. Dans *Laserworks*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter de cette façon découlait du pouvoir du tribunal, inhérent au régime établi par la *LFI*, de superviser [TRADUCTION] « [c]haque étape du processus de faillite » (par. 41), comme l'indiquent les par. 43(7), 108(3) et 187(9) de la Loi. La cour a expliqué que le par. 187(9) confère expressément le pouvoir de remédier à une « injustice grave », laquelle se produit « lorsque la *LFI* est utilisée dans un but illégitime » (par. 54). La cour a statué que « [l]e but illégitime est un but qui est accessoire à l'objet pour lequel la loi en matière de faillite et d'insolvabilité a été adoptée par le législateur » (par. 54).

[72] Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire en vertu de la *LFI* étaye l'existence d'un pouvoir discrétionnaire semblable en vertu de la *LACC* pour deux raisons.

[73] D'abord, cette conclusion serait compatible avec le fait que la Cour a reconnu que la *LACC* « établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire » que sous le régime de la *LFI* (*Century Services*, par. 14 (nous soulignons)).

[74] Ensuite, la Cour a reconnu les bienfaits de l'harmonisation, dans la mesure du possible, des deux lois. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Indalex*, la Cour a souligné que « pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère [. . .] aux créanciers [des droits analogues] » à ceux dont ils jouissent en vertu de la *LFI* (par. 51; voir également *Century Services*, par. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, par. 34-46). Ainsi, lorsque les lois permettent une interprétation harmonieuse, il y a lieu de retenir cette interprétation [TRADUCTION] « afin d'écarter les embûches pouvant découler du choix des créanciers de "recourir à la loi la plus favorable" [en matière d'insolvabilité] » (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, par. 78; voir aussi par. 73). À notre avis, la manière dont a été formulé le « but illégitime » dans l'arrêt *Laserworks* — c'est-à-dire un but accessoire à l'objet de la loi en

2020 SCC 10 (CanLII)

discretion is to be exercised in accordance with the *CCAA*'s objectives as an insolvency statute.

[75] We also observe that the recognition of this discretion under the *CCAA* advances the basic fairness that "permeates Canadian insolvency law and practice" (Sarra, "The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law", at p. 27; see also *Century Services*, at paras. 70 and 77). As Professor Sarra observes, fairness demands that supervising judges be in a position to recognize and meaningfully address circumstances in which parties are working against the goals of the statute:

> The Canadian insolvency regime is based on the assumption that creditors and the debtor share a common goal of maximizing recoveries. The substantive aspect of fairness in the insolvency regime is based on the assumption that all involved parties face real economic risks. Unfairness resides where only some face these risks, while others actually benefit from the situation . . . . If the *CCAA* is to be interpreted in a purposive way, the courts must be able to recognize when people have conflicting interests and are working actively against the goals of the statute. [Emphasis added.]

("The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law", at p. 30)

In this vein, the supervising judge's oversight of the *CCAA* voting regime must not only ensure strict compliance with the Act, but should further its goals as well. We are of the view that the policy objectives of the *CCAA* necessitate the recognition of the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

matière d'insolvabilité — s'harmonise parfaitement avec la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire judiciaire que confère la *LACC*. En effet, comme nous l'avons expliqué, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux objets de la *LACC* en tant que loi en matière d'insolvabilité.

[75] Nous soulignons également que la reconnaissance de l'existence de ce pouvoir discrétionnaire sous le régime de la *LACC* favorise l'équité fondamentale qui [TRADUCTION] « imprègne le droit et la pratique en matière d'insolvabilité au Canada » (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 27; voir également *Century Services*, par. 70 et 77). Comme le fait observer la professeure Sarra, l'équité commande que les juges surveillants soient en mesure de reconnaître les situations où les parties empêchent la réalisation des objectifs de la loi et de prendre des mesures utiles à leur égard :

> [TRADUCTION] Le régime d'insolvabilité canadien repose sur la présomption que les créanciers et le débiteur ont pour objectif commun de maximiser les recouvrements. L'aspect substantiel de la justice dans le régime d'insolvabilité repose sur la présomption que toutes les parties concernées sont exposées à de réels risques économiques. L'injustice réside dans les situations où seules certaines personnes sont exposées aux risques, tandis que d'autres tirent en fait avantage de la situation. [. . .] Si l'on veut que la *LACC* reçoive une interprétation téléologique, les tribunaux doivent être en mesure de reconnaître les situations où les gens ont des intérêts opposés et s'emploient activement à contrecarrer les objectifs de la loi. [Nous soulignons.]

(« The Oscillating Pendulum : Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 30)

Dans le même ordre d'idées, la surveillance du régime de droit de vote prévu par la *LACC* qu'exerce le juge surveillant ne doit pas seulement assurer une application stricte de la Loi, mais doit aussi favoriser la réalisation de ses objectifs. Nous estimons que la réalisation des objectifs de politique de la *LACC* nécessite la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter s'il agit dans un but illégitime.

2020 SCC 10 (CanLII)

[76] Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that must balance the various objectives of the *CCAA*. As this case demonstrates, the supervising judge is best-positioned to undertake this inquiry.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Prohibiting Callidus From Voting

[77] In our view, the supervising judge's decision to bar Callidus from voting on the New Plan discloses no error justifying appellate intervention. As we have explained, discretionary decisions like this one must be approached from the appropriate posture of deference. It bears mentioning that, when he made this decision, the supervising judge was intimately familiar with Bluberi's *CCAA* proceedings. He had presided over them for over 2 years, received 15 reports from the Monitor, and issued approximately 25 orders.

[78] The supervising judge considered the whole of the circumstances and concluded that Callidus's vote would serve an improper purpose (paras. 45 and 48). We agree with his determination. He was aware that, prior to the vote on the First Plan, Callidus had chosen not to value *any* of its claim as unsecured and later declined to vote at all — despite the Monitor explicitly inviting it do so.[4] The supervising judge was also aware that Callidus's First Plan had failed to receive the other creditors' approval at the creditors' meeting of December 15, 2017, and that Callidus had chosen not to take the opportunity to amend or increase the value of its plan at that time, which it was entitled to do (see *CCAA*, ss. 6 and 7; Monitor, I.F., at para. 17). Between the failure of the First Plan and the proposal of the New Plan — which was identical to the First Plan, save for a modest increase of $250,000 — none of the factual circumstances relating to Bluberi's financial or business

[4] It bears noting that the Monitor's statement in this regard did not decide whether Callidus would ultimately have been entitled to vote on the First Plan. Because Callidus did not even attempt to vote on the First Plan, this question was never put to the supervising judge.

[76] La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation qui doit mettre en balance les divers objectifs de la *LACC*. Comme le démontre le présent dossier, le juge surveillant est le mieux placé pour procéder à cette analyse.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter

[77] À notre avis, la décision du juge surveillant d'empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Comme nous l'avons expliqué, il faut adopter l'attitude de déférence appropriée à l'égard des décisions discrétionnaires de ce genre. Il convient de mentionner que, lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant connaissait très bien les procédures fondées sur la *LACC* relatives à Bluberi. Il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances.

[78] Le juge surveillant a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote de Callidus viserait un but illégitime (par. 45 et 48). Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, Callidus avait choisi de n'évaluer *aucune partie* de sa réclamation à titre de créancier non garanti et s'était par la suite abstenue de voter — bien que le contrôleur l'ait expressément invité à le faire[4]. Le juge surveillant savait aussi que le premier plan de Callidus n'avait pas reçu l'aval des autres créanciers à l'assemblée des créanciers tenue le 15 décembre 2017, et que Callidus avait choisi de ne pas profiter de l'occasion pour modifier ou augmenter la valeur de son plan à ce moment-là, ce qu'elle était en droit de faire (voir *LACC*, art. 6 et 7; contrôleur, m.i., par. 17). Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan — qui était identique au premier plan, hormis la modeste augmentation de 250 000 $ — les

[4] Il convient de souligner que la déclaration du contrôleur à cet égard ne permettait pas de décider si Callidus aurait finalement eu le droit de voter sur le premier plan. Comme Callidus n'a même pas essayé de voter sur le premier plan, cette question n'a jamais été soumise au juge surveillant.

2020 SCC 10 (CanLII)

affairs had materially changed. However, Callidus sought to value the *entirety* of its security at *nil* and, on that basis, sought leave to vote on the New Plan as an unsecured creditor. If Callidus were permitted to vote in this way, the New Plan would certainly have met the s. 6(1) threshold for approval. In these circumstances, the inescapable inference was that Callidus was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the *CCAA* protects. Put simply, Callidus was seeking to take a "second kick at the can" and manipulate the vote on the New Plan. The supervising judge made no error in exercising his discretion to prevent Callidus from doing so.

[79] Indeed, as the Monitor observes, "[o]nce a plan of arrangement or proposal has been submitted to the creditors of a debtor for voting purposes, to order a second creditors' meeting to vote on a substantially similar plan would not advance the policy objectives of the CCAA, nor would it serve and enhance the public's confidence in the process or otherwise serve the ends of justice" (I.F., at para. 18). This is particularly the case given that the cost of having another meeting to vote on the New Plan would have been upwards of $200,000 (see supervising judge's reasons, at para. 72).

[80] We add that Callidus's course of action was plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding — which, in our view, includes acting with due diligence in valuing their claims and security. At all material times, Bluberi's Retained Claims have been the sole asset securing Callidus's claim. Callidus has pointed to nothing in the record that indicates that the value of the Retained Claims has changed. Had Callidus been of the view that the Retained Claims had no value, one would have expected Callidus to have valued its security accordingly prior to the vote on the First Plan, if not earlier. Parenthetically, we note that, irrespective of the timing, an attempt at

circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales de Bluberi n'avaient pas réellement changé. Pourtant, Callidus a tenté d'évaluer la *totalité* de sa sûreté à *zéro* et, sur cette base, a demandé l'autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si Callidus avait été autorisée à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d'approbation prévu par le par. 6(1). Dans ces circonstances, la seule conclusion possible était que Callidus tentait d'évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la *LACC*. En termes simples, Callidus cherchait à « se donner une seconde chance » et à manipuler le vote sur le nouveau plan. Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher Callidus de le faire.

[79] En effet, comme le fait observer le contrôleur, [TRADUCTION] « [u]ne fois que le plan d'arrangement ou la proposition ont été présentés aux créanciers du débiteur aux fins d'un vote, le fait d'ordonner la tenue d'une seconde assemblée des créanciers pour voter sur un plan à peu près semblable ne favoriserait pas la réalisation des objectifs de politique de la LACC, pas plus qu'il ne servirait ou n'accroîtrait la confiance du public dans le processus ou ne servirait par ailleurs les fins de la justice » (m.i., par. 18). C'est particulièrement le cas en l'espèce étant donné que la tenue d'une autre assemblée pour voter sur le nouveau plan aurait coûté plus de 200 000 $ (voir les motifs du juge surveillant, par. 72).

[80] Ajoutons que la façon d'agir de Callidus était manifestement contraire à l'attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans les procédures d'insolvabilité — ce qui, à notre avis, comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l'évaluation de leurs réclamations et sûretés. Pendant toute la période pertinente, les réclamations retenues de Bluberi ont constitué les seuls éléments d'actif garantissant la réclamation de Callidus. Cette dernière n'a rien relevé dans le dossier qui indique que la valeur des réclamations retenues a changé. Si Callidus estimait que les réclamations retenues n'avaient aucune valeur, on se serait attendu à ce qu'elle ait évalué sa sûreté en conséquence avant

2020 SCC 10 (CanLII)

such a valuation may well have failed. This would have prevented Callidus from voting as an unsecured creditor, even in the absence of Callidus's improper purpose.

[81] As we have indicated, discretionary decisions attract a highly deferential standard of review. Deference demands that review of a discretionary decision begin with a proper characterization of the basis for the decision. Respectfully, the Court of Appeal failed in this regard. The Court of Appeal seized on the supervising judge's somewhat critical comments relating to Callidus's goal of being released from the Retained Claims and its conduct throughout the proceedings as being incapable of grounding a finding of improper purpose. However, as we have explained, these considerations did not drive the supervising judge's conclusion. His conclusion was squarely based on Callidus' attempt to manipulate the creditors' vote to ensure that its New Plan would succeed where its First Plan had failed (see supervising judge's reasons, at paras. 45-48). We see nothing in the Court of Appeal's reasons that grapples with this decisive impropriety, which goes far beyond a creditor merely acting in its own self-interest.

[82] In sum, we see nothing in the supervising judge's reasons on this point that would justify appellate intervention. Callidus was properly barred from voting on the New Plan.

[83] Before moving on, we note that the Court of Appeal addressed two further issues: whether Callidus is "related" to Bluberi within the meaning of s. 22(3) of the *CCAA*; and whether, if permitted to vote, Callidus should be ordered to vote in a separate class from Bluberi's other creditors (see *CCAA*, s. 22(1) and (2)). Given our conclusion that the supervising judge did not err in barring Callidus from voting on the New Plan on the basis that Callidus was acting for an improper purpose, it is unnecessary to

le vote sur le premier plan, voire même plus tôt. Nous ouvrons une parenthèse pour souligner que, peu importe le moment, la tentative d'évaluer ainsi la sûreté aurait pu fort bien échouer. Cela aurait empêché Callidus de voter à titre de créancier non garanti même si elle ne poursuivait pas de but illégitime.

[81] Comme nous l'avons indiqué, les décisions discrétionnaires appellent une norme de contrôle empreinte d'une grande déférence. La déférence commande que l'examen d'une décision discrétionnaire commence par la qualification appropriée du fondement de la décision. Soit dit en tout respect, la Cour d'appel a échoué à cet égard. La Cour d'appel s'est saisie des commentaires quelque peu critiques formulés par le juge surveillant à l'égard de l'objectif de Callidus d'être libérée des réclamations retenues et de la conduite de celle-ci tout au long des procédures pour affirmer qu'il ne s'agissait pas de considérations pouvant donner lieu à une conclusion de but illégitime. Toutefois, comme nous l'avons expliqué, ce ne sont pas ces considérations qui ont amené le juge surveillant à tirer sa conclusion. Sa conclusion reposait nettement sur la tentative de Callidus de manipuler le vote des créanciers pour faire en sorte que son nouveau plan soit retenu alors que son premier plan ne l'avait pas été (voir les motifs du juge surveillant, par. 45-48). Nous ne voyons rien dans les motifs de la Cour d'appel qui s'attaque à cette irrégularité déterminante, qui va beaucoup plus loin que le simple fait pour un créancier d'agir dans son propre intérêt.

[82] En résumé, nous ne voyons rien dans les motifs du juge surveillant sur ce point qui justifie l'intervention d'une cour d'appel. Callidus a été à juste titre empêchée de voter sur le nouveau plan.

[83] Avant de passer au prochain point, soulignons que la Cour d'appel a abordé deux questions supplémentaires : Callidus est-elle « liée » à Bluberi au sens du par. 22(3) de la *LACC*? Si Callidus est autorisée à voter, convient-il de lui ordonner de voter dans une catégorie distincte des autres créanciers de Bluberi (voir la *LACC*, par. 22(1) et (2))? Vu notre conclusion que le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter sur le nouveau plan au motif qu'elle avait agi dans un but illégitime, il n'est

2020 SCC 10 (CanLII)

address either of these issues. However, nothing in our reasons should be read as endorsing the Court of Appeal's analysis of them.

C. *Bluberi's LFA Should Be Approved as Interim Financing*

[84] In our view, the supervising judge made no error in approving the LFA as interim financing pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. As we will explain, third party litigation funding may be one such form. Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 and the remedial objectives of the *CCAA* more generally.

(1) Interim Financing and Section 11.2 of the *CCAA*

[85] Interim financing, despite being expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*, is not defined in the Act. Professor Sarra has described it as "refer[ring] primarily to the working capital that the debtor corporation requires in order to keep operating during restructuring proceedings, as well as to the financing to pay the costs of the workout process" (*Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at p. 197). Interim financing used in this way — sometimes referred to as "debtor-in-possession" financing — protects the going-concern value of the debtor company while it develops a workable solution to its insolvency issues (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at paras. 7, 9 and 24; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (Que. Sup. Ct.), at para. 32). That said, interim financing is not limited to providing debtor companies with immediate operating capital. Consistent with the remedial objectives of the *CCAA*, interim financing

pas nécessaire de se prononcer sur l'une ou l'autre de ces questions. Cependant, rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme souscrivant à l'analyse que la Cour d'appel a faite de ces questions.

C. *L'AFL de Bluberi devrait être approuvé à titre de financement temporaire*

[84] À notre avis, le juge surveillant n'a commis aucune erreur en approuvant l'AFL à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Comme nous l'expliquerons, le financement d'un litige par un tiers peut constituer l'une de ces formes. La question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l'espèce qui doit tenir compte du libellé de l'art. 11.2 et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale.

(1) Le financement temporaire et l'art. 11.2 de la *LACC*

[85] Bien qu'il soit expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*, le financement temporaire n'est pas défini dans la Loi. La professeure Sarra l'a décrit comme [TRADUCTION] « vis[ant] principalement le fonds de roulement dont a besoin la société débitrice pour continuer de fonctionner pendant la restructuration ainsi que les fonds nécessaires pour payer les frais liés au processus de sauvetage » (*Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 197). Utilisé de cette façon, le financement temporaire — parfois appelé financement de [TRADUCTION] « débiteur-exploitant » — protège la valeur d'exploitation de la compagnie débitrice pendant qu'elle met au point une solution viable à ses problèmes d'insolvabilité (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 7, 9 et 24; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (C.S. Qc), par. 32). Cela dit, le financement temporaire ne se limite pas à fournir un fonds de roulement

2020 SCC 10 (CanLII)

at its core enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets.

[86] Since 2009, s. 11.2(1) of the *CCAA* has codified a supervising judge's discretion to approve interim financing, and to grant a corresponding security or charge in favour of the lender in the amount the judge considers appropriate:

Interim financing

11.2 (1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.

[87] The breadth of a supervising judge's discretion to approve interim financing is apparent from the wording of s. 11.2(1). Aside from the protections regarding notice and pre-filing security, s. 11.2(1) does not mandate any standard form or terms.[5] It simply provides that the financing must be in an amount that is "appropriate" and "required by the company, having regard to its cash-flow statement".

immédiat aux compagnies débitrices. Conformément aux objectifs réparateurs de la *LACC*, le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur.

[86] Depuis 2009, le par. 11.2(1) de la *LACC* a codifié le pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire et d'accorder une charge ou une sûreté correspondante, d'un montant qu'il estime indiqué, en faveur du prêteur :

Financement temporaire

11.2 (1) Sur demande de la compagnie débitrice, le tribunal peut par ordonnance, sur préavis de la demande aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés par la charge ou sûreté, déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie sont grevés d'une charge ou sûreté — d'un montant qu'il estime indiqué — en faveur de la personne nommée dans l'ordonnance qui accepte de prêter à la compagnie la somme qu'il approuve compte tenu de l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de celle-ci. La charge ou sûreté ne peut garantir qu'une obligation postérieure au prononcé de l'ordonnance.

[87] L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire ressort du libellé du par. 11.2(1). Abstraction faite des protections concernant le préavis et les sûretés constituées avant le dépôt des procédures, le par. 11.2(1) ne prescrit aucune forme ou condition type[5]. Il prévoit simplement que le financement doit être d'un montant qui est « indiqué » et qui tient compte de « l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de [la compagnie] ».

[5] A further exception has been codified in the 2019 amendments to the *CCAA*, which create s. 11.2(5) (see *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, s. 138). This section provides that at the time an initial order is sought, "no order shall be made under subsection [11.2](1) unless the court is also satisfied that the terms of the loan are limited to what is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period". This provision does not apply in this case, and the parties have not relied on it. However, it may be that it restricts the ability of supervising judges to approve LFAs as interim financing at the time of granting an Initial Order.

[5] Une autre exception a été codifiée dans les modifications apportées en 2019 à la *LACC* qui créent le par. 11.2(5) (voir *Loi nº 1 d'exécution du budget de 2019*, art. 138). Cet article prévoit que, lorsqu'une ordonnance relative à la demande initiale a été demandée, « le tribunal ne rend l'ordonnance visée au paragraphe [11.2](1) que s'il est également convaincu que les modalités du financement temporaire demandé sont limitées à ce qui est normalement nécessaire à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires durant cette période ». Cette disposition ne s'applique pas en l'espèce, et les parties ne l'ont pas invoquée. Toutefois, il se peut qu'elle ait pour effet d'empêcher les juges surveillants d'approuver des AFL à titre de financement temporaire au moment où l'ordonnance relative à la demande initiale est rendue.

2020 SCC 10 (CanLII)

[88] The supervising judge may also grant the lender a "super-priority charge" that will rank in priority over the claims of any secured creditors, pursuant to s. 11.2(2):

Priority — secured creditors

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[89] Such charges, also known as "priming liens", reduce lenders' risks, thereby incentivizing them to assist insolvent companies (Innovation, Science and Economic Development Canada, *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online), cl. 128, s. 11.2; Wood, at p. 387). As a practical matter, these charges are often the only way to encourage this lending. Normally, a lender protects itself against lending risk by taking a security interest in the borrower's assets. However, debtor companies under *CCAA* protection will often have pledged all or substantially all of their assets to other creditors. Accordingly, without the benefit of a super-priority charge, an interim financing lender would rank behind those other creditors (McElcheran, at pp. 298-99). Although super-priority charges do subordinate secured creditors' security positions to the interim financing lender's — a result that was controversial at common law — Parliament has indicated its general acceptance of the trade-offs associated with these charges by enacting s. 11.2(2) (see M. B. Rotsztain and A. Dostal, "Debtor-In-Possession Financing", in S. Ben-Ishai and A. Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, at pp. 228-29 and 240-50). Indeed, this balance was expressly considered by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce that recommended codifying interim financing in the *CCAA* (pp. 100-104).

[90] Ultimately, whether proposed interim financing should be approved is a question that the supervising judge is best-placed to answer. The *CCAA*

[88] Le juge surveillant peut également accorder au prêteur une « charge super prioritaire » qui aura priorité sur toute réclamation des créanciers garantis, en vertu du par. 11.2(2) :

Priorité — créanciers garantis

(2) Le tribunal peut préciser, dans l'ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie.

[89] Ces charges, également appelées « superprivilèges », réduisent les risques des prêteurs, les incitant ainsi à aider les compagnies insolvables (Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *Archivé — Projet de loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour le 29 décembre 2016 (en ligne), cl. 128, art. 11.2; Wood, p. 387). Sur le plan pratique, ces charges constituent souvent le seul moyen d'encourager ce type de prêt. Généralement, le prêteur se protège contre le risque de crédit en prenant une sûreté sur les éléments d'actifs de l'emprunteur. Or, les compagnies débitrices qui sont sous la protection de la *LACC* ont souvent donné en gage la totalité ou la presque totalité de leurs actifs à d'autres créanciers. En l'absence d'une charge super prioritaire, le prêteur qui accepte d'apporter un financement temporaire prendrait rang derrière les autres créanciers (McElcheran, p. 298-299). Bien que la charge super prioritaire subordonne les sûretés des créanciers garantis à celle du prêteur qui apporte un financement temporaire — un résultat qui a suscité la controverse en common law — le législateur a signifié son acceptation générale des transactions allant de pair avec ces charges en adoptant le par. 11.2(2) (voir M. B. Rotsztain et A. Dostal, « Debtor-In-Possession Financing », dans S. Ben-Ishai et A. Duggan, dir., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, p. 228-229 et 240-250). En effet, cet équilibre a été expressément pris en considération par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, qui a recommandé la codification du financement temporaire dans la *LACC* (p. 111-115).

[90] Au bout du compte, la question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement temporaire projeté est une question à laquelle le juge surveillant est le

2020 SCC 10 (CanLII)

sets out a number of factors that help guide the exercise of this discretion. The inclusion of these factors in s. 11.2 was informed by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce's view that they would help meet the "fundamental principles" that have guided the development of Canadian insolvency law, including "fairness, predictability and efficiency" (p. 103; see also Innovation, Science and Economic Development Canada, cl. 128, s. 11.2). In deciding whether to grant interim financing, the supervising judge is to consider the following non-exhaustive list of factors:

Factors to be considered

(4) In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,

(a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;

(b) how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings;

(c) whether the company's management has the confidence of its major creditors;

(d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;

(e) the nature and value of the company's property;

(f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and

(g) the monitor's report referred to in paragraph 23(1)(b), if any.

(*CCAA*, s. 11.2(4))

[91] Prior to the coming into force of the above provisions in 2009, courts had been using the general discretion conferred by s. 11 to authorize interim financing and associated super-priority charges

mieux placé pour répondre. La *LACC* énonce un certain nombre de facteurs qui encadrent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. L'inclusion de ces facteurs dans le par. 11.2 reposait sur le point de vue du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce selon lequel ils permettraient de respecter les « principes fondamentaux » ayant guidé la conception des lois en matière d'insolvabilité au Canada, notamment « l'équité, la prévisibilité et l'efficience » (p. 115; voir également Innovation, Sciences et Développement économique Canada, cl. 128, art. 11.2). Pour décider s'il y a lieu d'accorder le financement temporaire, le juge surveillant doit prendre en considération les facteurs non exhaustifs suivants :

Facteurs à prendre en considération

(4) Pour décider s'il rend l'ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

a) la durée prévue des procédures intentées à l'égard de la compagnie sous le régime de la présente loi;

b) la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures;

c) la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants;

d) la question de savoir si le prêt favorisera la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable à l'égard de la compagnie;

e) la nature et la valeur des biens de la compagnie;

f) la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l'un ou l'autre des créanciers de la compagnie;

g) le rapport du contrôleur visé à l'alinéa 23(1)b).

(*LACC*, par. 11.2(4))

[91] Avant l'entrée en vigueur en 2009 des dispositions susmentionnées, les tribunaux utilisaient le pouvoir discrétionnaire général que confère l'art. 11 pour autoriser le financement temporaire

2020 SCC 10 (CanLII)

(*Century Services*, at para. 62). Section 11.2 largely codifies the approaches those courts have taken (Wood, at p. 388; McElcheran, at p. 301). As a result, where appropriate, guidance may be drawn from the pre-codification interim financing jurisprudence.

[92] As with other measures available under the *CCAA*, interim financing is a flexible tool that may take different forms or attract different considerations in each case. Below, we explain that third party litigation funding may, in appropriate cases, be one such form.

(2) Supervising Judges May Approve Third Party Litigation Funding as Interim Financing

[93] Third party litigation funding generally involves "a third party, otherwise unconnected to the litigation, agree[ing] to pay some or all of a party's litigation costs, in exchange for a portion of that party's recovery in damages or costs" (R. K. Agarwal and D. Fenton, "Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context" (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65, at p. 65). Third party litigation funding can take various forms. A common model involves the litigation funder agreeing to pay a plaintiff's disbursements and indemnify the plaintiff in the event of an adverse cost award in exchange for a share of the proceeds of any successful litigation or settlement (see *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] Outside of the *CCAA* context, the approval of third party litigation funding agreements has been somewhat controversial. Part of that controversy arises from the potential of these agreements to offend the common law doctrines of champerty and

et la constitution des charges super prioritaires s'y rattachant (*Century Services*, par. 62). L'article 11.2 codifie en grande partie les approches adoptées par ces tribunaux (Wood, p. 388; McElcheran, p. 301). En conséquence, il est possible, le cas échéant, de s'inspirer de la jurisprudence relative au financement temporaire antérieure à la codification.

[92] Comme c'est le cas pour les autres mesures susceptibles d'être prises sous le régime de la *LACC*, le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes ou faire intervenir différentes considérations dans chaque cas. Comme nous l'expliquerons plus loin, le financement d'un litige par un tiers peut, dans les cas qui s'y prêtent, constituer l'une de ces formes.

(2) Les juges surveillants peuvent approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire

[93] Le financement d'un litige par un tiers met généralement en cause [TRADUCTION] « un tiers, n'ayant par ailleurs aucun lien avec le litige, [qui] accepte de payer une partie ou la totalité des frais de litige d'une partie, en échange d'une portion de la somme recouvrée par cette partie au titre des dommages-intérêts ou des dépens » (R. K. Agarwal et D. Fenton, « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65, p. 65). Le financement d'un litige par un tiers peut revêtir diverses formes. Un modèle courant met en cause un bailleur de fonds de litiges qui s'engage à payer les débours du demandeur et à indemniser ce dernier dans l'éventualité d'une adjudication des dépens défavorable, en échange d'une partie de la somme obtenue dans le cadre d'un procès ou d'un règlement couronné de succès (voir *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] En dehors du cadre de la *LACC*, l'approbation des accords de financement d'un litige par un tiers a été quelque peu controversée. Une partie de cette controverse découle de la possibilité que ces accords portent atteinte aux doctrines de common

2020 SCC 10 (CanLII)

maintenance.[6] The tort of maintenance prohibits "officious intermeddling with a lawsuit which in no way belongs to one" (L. N. Klar et al., *Remedies in Tort* (loose-leaf), vol. 1, by L. Berry, ed., at p. 14-11, citing *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), at p. 661). Champerty is a species of maintenance that involves an agreement to share in the proceeds or otherwise profit from a successful suit (*McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (Ont. C.A.), at para. 26).

[95] Building on jurisprudence holding that *contingency fee* arrangements are not champertous where they are not motivated by an improper purpose (e.g., *McIntyre Estate*), lower courts have increasingly come to recognize that *litigation funding* agreements are also not *per se* champertous. This development has been focussed within class action proceedings, where it arose as a response to barriers like adverse cost awards, which were stymieing litigants' access to justice (see *Dugal*, at para. 33; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, at paras. 43-44 (CanLII); *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, at para. 52, aff'd 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.); see also *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, at para. 13). The jurisprudence on the approval of third party litigation funding agreements in the class action context — and indeed, the parameters of their legality generally — is still evolving, and no party before this Court has invited us to evaluate it.

[6] The extent of this controversy varies by province. In Ontario, champertous agreements are forbidden by statute (see *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). In Quebec, concerns associated with champerty and maintenance do not arise as acutely because champerty and maintenance are not part of the law as such (see *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, "New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape" in J. P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, at p. 231).

law concernant la champartie (*champerty*) et le soutien abusif (*maintenance*)[6]. Le délit de soutien abusif interdit [TRADUCTION] « l'immixtion trop empressée dans une action avec laquelle on n'a rien à voir » (L. N. Klar et autres, *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), vol. 1, par L. Berry, dir., p. 14-11, citant *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), p. 661). La champartie est une sorte de soutien abusif qui comporte un accord prévoyant le partage de la somme obtenue ou de tout autre profit réalisé dans le cadre d'une action réussie (*McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A. Ont.), par. 26).

[95] S'appuyant sur la jurisprudence voulant que les conventions d'*honoraires conditionnels* ne constituent pas de la champartie lorsqu'elles ne sont pas motivées par un but illégitime (p. ex., *McIntyre Estate*), les tribunaux d'instance inférieure en sont venus progressivement à reconnaître que les accords de *financement d'un litige* ne constituent pas non plus de la champartie *en soi*. Cette évolution s'est opérée surtout dans le contexte des recours collectifs, en réaction aux obstacles, comme les adjudications de dépens défavorables, qui entravaient l'accès des parties à la justice (voir *Dugal*, par. 33; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, par. 43-44 (CanLII); *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, par. 52, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.); voir également *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, par. 13). La jurisprudence relative à l'approbation des accords de financement de litige par un tiers dans le contexte des recours collectifs — et même les paramètres de leur légalité en général — continue d'évoluer, et aucune des parties au présent pourvoi ne nous a invités à l'analyser.

[6] L'ampleur de la controverse varie selon les provinces. En Ontario, les accords de champartie sont interdits par la loi (voir *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). Au Québec, les questions relatives à la champartie et au soutien abusif ne se posent pas de façon aussi aiguë parce que la champartie et le soutien abusif ne font pas partie du droit comme tel (voir *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvabilité Landscape » dans J. P. Sarra et autres, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, p. 231).

2020 SCC 10 (CanLII)

[96] That said, insofar as third party litigation funding agreements are not *per se* illegal, there is no principled basis upon which to restrict supervising judges from approving such agreements as interim financing in appropriate cases. We acknowledge that this funding differs from more common forms of interim financing that are simply designed to help the debtor "keep the lights on" (see *Royal Oak*, at paras. 7 and 24). However, in circumstances like the case at bar, where there is a single litigation asset that could be monetized for the benefit of creditors, the objective of maximizing creditor recovery has taken centre stage. In those circumstances, litigation funding furthers the basic purpose of interim financing: allowing the debtor to realize on the value of its assets.

[96] Cela dit, dans la mesure où les accords de financement de litige par un tiers ne sont pas illégaux *en soi*, il n'y a aucune raison de principe qui permet d'empêcher les juges surveillants d'approuver ce type d'accord à titre de financement temporaire dans les cas qui s'y prêtent. Nous reconnaissons que cette forme de financement diffère des formes plus courantes de financement temporaire qui visent simplement à aider le débiteur à [TRADUCTION] « payer les frais courants » (voir *Royal Oak*, par. 7 et 24). Toutefois, dans des circonstances semblables à celles en l'espèce, lorsqu'il existait un seul élément d'actif susceptible de monétisation au bénéfice des créanciers, l'objectif visant à maximiser le recouvrement des créanciers a occupé le devant de la scène. En pareilles circonstances, le financement de litige favorise la réalisation de l'objectif fondamental du financement temporaire : permettre au débiteur de réaliser la valeur de ses éléments d'actif.

[97] We conclude that third party litigation funding agreements may be approved as interim financing in *CCAA* proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the *CCAA*. That said, these factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge. Indeed, not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive. Further guidance may be drawn from other areas in which third party litigation funding agreements have been approved.

[97] Nous concluons que les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la *LACC* lorsque le juge surveillant estime qu'il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la *LACC*. Cela dit, ces facteurs ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant. En effet, ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. Des enseignements supplémentaires peuvent être tirés d'autres domaines où des accords de financement de litige par un tiers ont été approuvés.

[98] The foregoing is consistent with the practice that is already occurring in lower courts. Most notably, in *Crystallex*, the Ontario Court of Appeal approved a third party litigation funding agreement in circumstances substantially similar to the case at bar. *Crystallex* involved a mining company that had the right to develop a large gold deposit in Venezuela. Crystallex eventually became insolvent and (similar to Bluberi) was left with only a single significant asset: a US$3.4 billion arbitration claim against Venezuela. After entering *CCAA* protection,

[98] Ce qui précède est compatible avec la pratique qui a déjà cours devant les tribunaux d'instance inférieure. Plus particulièrement, dans *Crystallex*, la Cour d'appel de l'Ontario a approuvé un accord de financement de litige par un tiers dans des circonstances très semblables à celles en l'espèce. Cette affaire mettait en cause une société minière ayant le droit d'exploiter un grand gisement d'or au Venezuela. Crystallex est finalement devenue insolvable, et (comme Bluberi) il ne lui restait plus qu'un seul élément d'actif important : une réclamation

2020 SCC 10 (CanLII)

Crystallex sought the approval of a third party litigation funding agreement. The agreement contemplated that the lender would advance substantial funds to finance the arbitration in exchange for, among other things, a percentage of the net proceeds of any award or settlement. The supervising judge approved the agreement as interim financing pursuant to s. 11.2. The Court of Appeal unanimously found no error in the supervising judge's exercise of discretion. It concluded that s. 11.2 "does not restrict the ability of the supervising judge, where appropriate, to approve the grant of a charge securing financing before a plan is approved that may continue after the company emerges from CCAA protection" (para. 68).

[99] A key argument raised by the creditors in *Crystallex* — and one that Callidus and the Creditors' Group have put before us now — was that the litigation funding agreement at issue was a plan of arrangement and not interim financing. This was significant because, if the agreement was in fact a plan, it would have had to be put to a creditors' vote pursuant to ss. 4 and 5 of the *CCAA* prior to receiving court approval. The court in *Crystallex* rejected this argument, as do we.

[100] There is no definition of plan of arrangement in the *CCAA*. In fact, the *CCAA* does not refer to plans at all — it only refers to an "arrangement" or "compromise" (see ss. 4 and 5). The authors of *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* offer the following general definition of these terms, relying on early English case law:

> A "compromise" presupposes some dispute about the rights compromised and a settling of that dispute on terms that are satisfactory to the debtor and the creditor. An agreement to accept less than 100¢ on the dollar would be a compromise where the debtor disputes the debt or lacks the means to pay it. "Arrangement" is a broader word

d'arbitrage de 3,4 milliards de dollars américains contre le Venezuela. Après s'être placée sous la protection de la *LACC*, Crystallex a demandé l'approbation d'un accord de financement de litige par un tiers. L'accord prévoyait que le prêteur avancerait des fonds importants pour financer l'arbitrage en échange, notamment, d'un pourcentage de la somme nette obtenue à la suite d'une sentence ou d'un règlement. Le juge surveillant a approuvé l'accord à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge surveillant n'avait commis aucune erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle a conclu que l'art. 11.2 [TRADUCTION] « n'empêche pas le juge surveillant d'approuver, s'il y a lieu, avant qu'un plan soit approuvé, l'octroi d'une charge garantissant un financement qui pourra continuer après que la compagnie aura émergé de la protection de la *LACC* » (par. 68).

[99] Dans *Crystallex*, l'un des principaux arguments soulevés par les créanciers — et l'un de ceux qu'ont soulevés Callidus et le groupe de créanciers dans le présent pourvoi — était que l'accord de financement de litige en cause était un plan d'arrangement et non pas un financement temporaire. Il s'agissait d'un argument important car, si l'accord était en fait un plan, il aurait dû être soumis à un vote des créanciers conformément aux art. 4 et 5 de la *LACC* avant de recevoir l'aval du tribunal. La cour, dans *Crystallex*, a rejeté cet argument, et nous en faisons autant.

[100] La *LACC* ne définit pas le plan d'arrangement. En fait, la *LACC* ne fait aucunement allusion aux plans — elle fait uniquement état d'un « arrangement » ou d'une « transaction » (voir art. 4 et 5). S'appuyant sur l'ancienne jurisprudence anglaise, les auteurs de *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* proposent la définition générale suivante de ces termes :

> [TRADUCTION] La « transaction » suppose d'emblée l'existence d'un différend au sujet des droits visés par la transaction et d'un règlement de ce différend selon des conditions jugées satisfaisantes par le débiteur et le créancier. L'accord visant à accepter une somme inférieure à 100 ¢ par dollar constituerait une transaction lorsque

2020 SCC 10 (CanLII)

than "compromise" and is not limited to something analogous to a compromise. It would include any scheme for reorganizing the affairs of the debtor: *Re Guardian Assur. Co.,* [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations,* [1935] A.C. 185 (P.C.).

(Houlden, Morawetz and Sarra, at §33)

[101] The apparent breadth of these terms notwithstanding, they do have some limits. More recent jurisprudence suggests that they require, at minimum, some compromise of creditors' rights. For example, in *Crystallex* the litigation funding agreement at issue (known as the Tenor DIP facility) was held not to be a plan of arrangement because it did not "compromise the terms of [the creditors'] indebtedness or take away . . . their legal rights" (para. 93). The Court of Appeal adopted the following reasoning from the lower court's decision, with which we substantially agree:

A "plan of arrangement" or a "compromise" is not defined in the CCAA. It is, however, to be an arrangement or compromise between a debtor and its creditors. The Tenor DIP facility is not on its face such an arrangement or compromise between Crystallex and its creditors. Importantly the rights of the noteholders are not taken away from them by the Tenor DIP facility. The noteholders are unsecured creditors. Their rights are to sue to judgment and enforce the judgment. If not paid, they have a right to apply for a bankruptcy order under the BIA. Under the CCAA, they have the right to vote on a plan of arrangement or compromise. None of these rights are taken away by the Tenor DIP.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, at para. 50)

[102] Setting out an exhaustive definition of plan of arrangement or compromise is unnecessary to resolve these appeals. For our purposes, it is sufficient to conclude that plans of arrangement require at least

le débiteur conteste la dette ou n'a pas les moyens de la payer. Le mot « arrangement » a un sens plus large que le mot « transaction » et ne se limite pas à quelque chose qui ressemble à une transaction. Il viserait tout plan de réorganisation des affaires du débiteur : *Re Guardian Assur. Co.*, [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (C.P.).

(Houlden, Morawetz et Sarra, §33)

[101] Malgré leur vaste portée apparente, ces termes connaissent quand même certaines limites. Selon une jurisprudence plus récente, ils exigeraient, à tout le moins, une certaine transaction à l'égard des droits des créanciers. Dans *Crystallex*, par exemple, on a conclu que l'accord de financement de litige en cause (également appelé [TRADUCTION] « facilité de DE Tenor ») ne constituait pas un plan d'arrangement parce qu'il ne comportait pas [TRADUCTION] « une transaction visant les conditions [des] dettes envers [des créanciers] ni ne [. . .] privait [ceux-ci] de [. . .] leurs droits reconnus par la loi » (par. 93). La Cour d'appel a fait sien le raisonnement suivant du tribunal de première instance, auquel nous souscrivons pour l'essentiel :

[TRADUCTION] Le « plan d'arrangement » et la « transaction » ne sont pas définis dans la *LACC*. Il doit toutefois s'agir d'un arrangement ou d'une transaction entre un débiteur et ses créanciers. La facilité de DE Tenor ne constitue pas, à première vue, un arrangement ou une transaction entre Crystallex et ses créanciers. Fait important, les détenteurs de billets ne sont pas privés de leurs droits par la facilité de DE Tenor. Les détenteurs de billets sont des créanciers non garantis. Leurs droits se résument à poursuivre en vue d'obtenir un jugement et à faire exécuter ce jugement. S'ils ne sont pas payés, ils ont le droit de demander une ordonnance de faillite en vertu de la LFI. Sous le régime de la *LACC*, ils ont le droit de voter sur un plan d'arrangement ou une transaction. La facilité de DE Tenor ne les prive d'aucun de ces droits.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, par. 50)

[102] Il n'est pas nécessaire de définir exhaustivement les notions de plan d'arrangement ou de transaction pour trancher les présents pourvois. Il suffit de conclure que les plans d'arrangement doivent au

2020 SCC 10 (CanLII)

some compromise of creditors' rights. It follows that a third party litigation funding agreement aimed at extending financing to a debtor company to realize on the value of a litigation asset does not necessarily constitute a plan of arrangement. We would leave it to supervising judges to determine whether, in the particular circumstances of the case before them, a particular third party litigation funding agreement contains terms that effectively convert it into a plan of arrangement. So long as the agreement does not contain such terms, it may be approved as interim financing pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*.

[103] We add that there may be circumstances in which a third party litigation funding agreement may contain or incorporate a plan of arrangement (e.g., if it contemplates a plan for distribution of litigation proceeds among creditors). Alternatively, a supervising judge may determine that, despite an agreement itself not being a plan of arrangement, it should be packaged with a plan and submitted to a creditors' vote. That said, we repeat that third party litigation funding agreements are not necessarily, or even generally, plans of arrangement.

[104] None of the foregoing is seriously contested before us. The parties essentially agree that third party litigation funding agreements *can* be approved as interim financing. The dispute between them focusses on whether the supervising judge erred in exercising his discretion to approve the LFA in the absence of a vote of the creditors, either because it was a plan of arrangement or because it should have been accompanied by a plan of arrangement. We turn to these issues now.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Approving the LFA

[105] In our view, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the LFA as interim financing.

moins comporter une certaine transaction à l'égard des droits des créanciers. Il s'ensuit que l'accord de financement de litige par un tiers visant à apporter un financement à la compagnie débitrice pour réaliser la valeur d'un élément d'actif ne constitue pas nécessairement un plan d'arrangement. Nous sommes d'avis de laisser aux juges surveillants le soin de déterminer si, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire dont ils sont saisis, l'accord de financement de litige par un tiers comporte des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement. Si l'accord ne comporte pas de telles conditions, il peut être approuvé à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*.

[103] Ajoutons que, dans certaines circonstances, l'accord de financement de litige par un tiers peut contenir ou incorporer un plan d'arrangement (p. ex., s'il contient un plan prévoyant la distribution aux créanciers des sommes obtenues dans le cadre du litige). Subsidiairement, le juge surveillant peut décider que, bien que l'accord lui-même ne constitue pas un plan d'arrangement, il y a lieu de l'accompagner d'un plan et de le soumettre à un vote des créanciers. Cela dit, nous le répétons, les accords de financement de litige par un tiers ne constituent pas nécessairement, ni même généralement, des plans d'arrangement.

[104] Rien de ce qui précède n'est sérieusement contesté en l'espèce. Les parties s'entendent essentiellement pour dire que les accords de financement de litige par un tiers *peuvent* être approuvés à titre de financement temporaire. Le différend qui les oppose porte sur la question de savoir si le juge surveillant a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL en l'absence d'un vote des créanciers, soit parce qu'il constituait un plan d'arrangement, soit parce qu'il aurait dû être accompagné d'un plan d'arrangement. Nous abordons maintenant cette question.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en approuvant l'AFL

[105] À notre avis, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL à titre de

2020 SCC 10 (CanLII)

The supervising judge considered the LFA to be fair and reasonable, drawing guidance from the principles relevant to approving similar agreements in the class action context (para. 74, citing *Bayens*, at para. 41; *Hayes*, at para. 4). In particular, he canvassed the terms upon which Bentham and Bluberi's lawyers would be paid in the event the litigation was successful, the risks they were taking by investing in the litigation, and the extent of Bentham's control over the litigation going forward (paras. 79 and 81). The supervising judge also considered the unique objectives of *CCAA* proceedings in distinguishing the LFA from ostensibly similar agreements that had not received approval in the class action context (paras. 81-82, distinguishing *Houle*). His consideration of those objectives is also apparent from his reliance on *Crystallex*, which, as we have explained, involved the approval of interim financing in circumstances substantially similar to the case at bar (see paras. 67 and 71). We see no error in principle or unreasonableness to this approach.

[106] While the supervising judge did not canvass each of the factors set out in s. 11.2(4) of the *CCAA* individually before reaching his conclusion, this was not itself an error. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with Bluberi's *CCAA* proceedings, leads us to conclude that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It bears repeating that, at the time of his decision, the supervising judge had been seized of these proceedings for well over two years and had the benefit of the Monitor's assistance. With respect to each of the s. 11.2(4) factors, we note that:

- the judge's supervisory role would have made him aware of the potential length of Bluberi's *CCAA* proceedings and the extent of creditor support for Bluberi's management (s. 11.2(4)(a) and (c)), though we observe that these factors

financement temporaire. Se fondant sur les principes applicables à l'approbation d'accords semblables dans le contexte des recours collectifs (par. 74, citant *Bayens*, par. 41; *Hayes*, par. 4), le juge surveillant a estimé que l'AFL était juste et raisonnable. Plus particulièrement, il a examiné soigneusement les conditions selon lesquelles les avocats de Bentham et de Bluberi seraient payés si le litige était couronné de succès, les risques qu'ils prenaient en investissant dans le litige et l'étendue du contrôle qu'exercerait désormais Bentham sur le litige (par. 79 et 81). Le juge surveillant a également pris en compte les objectifs uniques des procédures fondées sur la *LACC* en établissant une distinction entre l'AFL et des accords apparemment semblables qui n'avaient pas été approuvés dans le contexte des recours collectifs (par. 81-82, établissant une distinction avec l'affaire *Houle*). Sa prise en compte de ces objectifs ressort également du fait qu'il s'est fondé sur *Crystallex*, qui, comme nous l'avons expliqué, portait sur l'approbation d'un financement temporaire dans des circonstances très semblables à celles en l'espèce (voir par. 67 et 71). Nous ne voyons aucune erreur de principe ni rien de déraisonnable dans cette approche.

[106] Certes, le juge surveillant n'a pas examiné à fond chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4) de la *LACC* de façon individuelle avant de tirer sa conclusion, mais cela ne constituait pas une erreur en soi. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la *LACC*, nous mène à conclure que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il convient de rappeler qu'au moment où il a rendu sa décision, le juge surveillant était saisi des procédures en question depuis plus de deux ans et avait pu bénéficier de l'aide du contrôleur. En ce qui a trait à chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4), nous soulignons ce qui suit :

- le rôle de surveillance du juge lui aurait permis de connaître la durée prévue des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la *LACC* ainsi que la mesure dans laquelle les dirigeants de Bluberi bénéficiaient du soutien des créanciers

2020 SCC 10 (CanLII)

appear to be less significant than the others in the context of this particular case (see para. 96);

- the LFA itself explains "how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings" (s. 11.2(4)(b));
- the supervising judge was of the view that the LFA would enhance the prospect of a viable plan, as he accepted (1) that Bluberi intended to submit a plan and (2) Bluberi's submission that approval of the LFA would assist it in finalizing a plan "with a view towards achieving maximum realization" of its assets (para. 68, citing 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.'s application, at para. 99; s. 11.2(4)(d));
- the supervising judge was apprised of the "nature and value" of Bluberi's property, which was clearly limited to the Retained Claims (s. 11.2(4)(e));
- the supervising judge implicitly concluded that the creditors would not be materially prejudiced by the Litigation Financing Charge, as he stated that "[c]onsidering the results of the vote [on the First Plan], and given the particular circumstances of this matter, the only potential recovery lies with the lawsuit that the Debtors will launch" (para. 91 (emphasis added); s. 11.2(4)(f)); and
- the supervising judge was also well aware of the Monitor's reports, and drew from the most recent report at various points in his reasons (see, e.g., paras. 64-65 and fn. 1; s. 11.2(4)(g)). It is worth noting that the Monitor supported approving the LFA as interim financing.

[107] In our view, it is apparent that the supervising judge was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the *CCAA*, and the particular circumstances of this case when he approved the LFA as interim financing. We cannot say that he erred in the exercise of his discretion.

(al. 11.2(4)a) et c)), mais nous constatons que ces facteurs semblent revêtir beaucoup moins d'importance que les autres dans le contexte de la présente affaire (voir par. 96);

- l'AFL lui-même indique « la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures » (al. 11.2(4)b));
- le juge surveillant était d'avis que l'AFL favoriserait la conclusion d'un plan viable, car il a accepté (1) le fait que Bluberi avait l'intention de présenter un plan et (2) l'argument de Bluberi selon lequel l'approbation de l'AFL l'aiderait à conclure un plan [TRADUCTION] « visant à atteindre une réalisation maximale » de ses éléments d'actif (par. 68, citant la demande de 9354-9186 Québec inc. et de 9354-9178 Québec inc., par. 99; al. 11.2(4)d));
- le juge surveillant était au courant de la « nature et [de] la valeur » des biens de Bluberi, qui se limitaient clairement aux réclamations retenues (al. 11.2(4)e));
- le juge surveillant a conclu implicitement que la charge relative au financement de litige ne causerait pas un préjudice sérieux aux créanciers, car il a affirmé que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu du résultat du vote [sur le premier plan] et des circonstances particulières de la présente affaire, la seule possibilité de recouvrement réside dans l'action que vont intenter les débiteurs » (par. 91 (nous soulignons); al. 11.2(4)f));
- le juge surveillant était aussi bien au fait des rapports du contrôleur, et s'est appuyé sur le plus récent d'entre eux à divers endroits dans ses motifs (voir, p. ex., par. 64-65 et note 1; al. 11.2(4)g)). Il convient de souligner que le contrôleur appuyait l'approbation de l'AFL à titre de financement temporaire.

[107] À notre avis, il est manifeste que le juge surveillant a mis l'accent sur l'équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la *LACC* et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu'il a approuvé l'AFL à titre de financement temporaire. Nous ne pouvons affirmer qu'il a commis une erreur

2020 SCC 10 (CanLII)

Although we are unsure whether the LFA was as favourable to Bluberi's creditors as it might have been — to some extent, it does prioritize Bentham's recovery over theirs — we nonetheless defer to the supervising judge's exercise of discretion.

[108] To the extent the Court of Appeal held otherwise, we respectfully do not agree. Generally speaking, our view is that the Court of Appeal again failed to afford the supervising judge the necessary deference. More specifically, we wish to comment on three of the purported errors in the supervising judge's decision that the Court of Appeal identified.

[109] First, it follows from our conclusion that LFAs can constitute interim financing that the Court of Appeal was incorrect to hold that approving the LFA as interim financing "transcended the nature of such financing" (para. 78).

[110] Second, in our view, the Court of Appeal was wrong to conclude that the LFA was a plan of arrangement, and that *Crystallex* was distinguishable on its facts. The Court of Appeal held that the LFA and associated super-priority Litigation Financing Charge formed a plan because they subordinated the rights of Bluberi's creditors to those of Bentham.

[111] We agree with the supervising judge that the LFA is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors' rights. To borrow from the Court of Appeal in *Crystallex*, Bluberi's litigation claim is akin to a "pot of gold" (para. 4). Plans of arrangement determine how to distribute that pot. They do not generally determine what a debtor company should do to fill it. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the pot once it is filled, nor can it be said to "compromise" those rights. When the "pot of gold" is secure — that

dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Nous ne savons pas avec certitude si l'AFL était aussi favorable aux créanciers de Bluberi qu'il aurait pu l'être — dans une certaine mesure, il donne priorité au recouvrement de Bentham sur le leur — mais nous nous en remettons néanmoins à l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire.

[108] Dans la mesure où la Cour d'appel a conclu le contraire, en toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. De façon générale, nous estimons que la Cour d'appel a encore une fois omis de faire preuve de la déférence nécessaire à l'égard du juge surveillant. Plus particulièrement, nous souhaitons faire des observations sur trois des erreurs qu'aurait décelées la Cour d'appel dans la décision du juge surveillant.

[109] Premièrement, il découle de notre conclusion selon laquelle les AFL peuvent constituer un financement temporaire que la Cour d'appel a eu tort de conclure que l'approbation de l'AFL à titre de financement temporaire [TRADUCTION] « transcendait la nature de ce type de financement » (par. 78).

[110] Deuxièmement, à notre avis, la Cour d'appel a eu tort de conclure que l'AFL était un plan d'arrangement, et qu'il était possible d'établir une distinction entre l'espèce et les faits de l'affaire *Crystallex*. La Cour d'appel a conclu que l'AFL et la charge relative au financement de litige super prioritaire s'y rattachant constituaient un plan parce qu'ils subordonnaient les droits des créanciers de Bluberi à ceux de Bentham.

[111] Nous souscrivons à l'opinion du juge surveillant selon laquelle l'AFL ne constitue pas un plan d'arrangement parce qu'il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Pour reprendre la formule qu'a employée la Cour d'appel dans *Crystallex*, la réclamation de Bluberi s'apparente à une [TRADUCTION] « marmite d'or » (par. 4). Les plans d'arrangement établissent la façon dont le contenu de cette marmite sera distribué. Ils n'indiquent généralement pas ce que la compagnie débitrice devra faire pour la remplir. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d'argent ne modifie en rien la nature ou

2020 SCC 10 (CanLII)

is, in the event of any litigation or settlement — the net funds will be distributed to the creditors. Here, if the Retained Claims generate funds in excess of Bluberi's total liabilities, the creditors will be paid in full; if there is a shortfall, a plan of arrangement or compromise will determine how the funds are distributed. Bluberi has committed to proposing such a plan (see supervising judge's reasons, at para. 68, distinguishing *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] This is the very same conclusion that was reached in *Crystallex* in similar circumstances:

> The facts of this case are unusual: there is a single "pot of gold" asset which, if realized, will provide significantly more than required to repay the creditors. The supervising judge was in the best position to balance the interests of all stakeholders. I am of the view that the supervising judge's exercise of discretion in approving the Tenor DIP Loan was reasonable and appropriate, despite having the effect of constraining the negotiating position of the creditors.
>
> . . .
>
> . . . While the approval of the Tenor DIP Loan affected the Noteholders' leverage in negotiating a plan, and has made the negotiation of a plan more complex, it did not compromise the terms of their indebtedness or take away any of their legal rights. It is accordingly not an arrangement, and a creditor vote was not required. [paras. 82 and 93]

[113] We disagree with the Court of Appeal that *Crystallex* should be distinguished on the basis that it involved a single option for creditor recovery (i.e., the arbitration) while this case involves two (i.e., litigation of the Retained Claims and Callidus's New

l'existence de leurs droits d'avoir accès à la marmite une fois qu'elle est remplie, pas plus qu'on ne saurait dire qu'il s'agit d'une « transaction » à l'égard de leurs droits. Lorsque la « marmite d'or » aura été obtenue — c'est-à-dire dans l'éventualité d'une action ou d'un règlement — les sommes nettes seront distribuées aux créanciers. En l'espèce, si les réclamations retenues permettent de recouvrer des sommes qui dépassent le total des dettes de Bluberi, les créanciers seront payés en entier; si les sommes sont insuffisantes, un plan d'arrangement ou une transaction établira la façon dont les sommes seront distribuées. Bluberi s'est engagée à proposer un tel plan (voir les motifs du juge surveillant, par. 68, établissant une distinction avec *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] C'est exactement la même conclusion qui a été tirée dans *Crystallex* dans des circonstances semblables :

> [TRADUCTION] Les faits de l'espèce sont inhabituels : la « marmite d'or » ne contient qu'un seul élément d'actif qui, s'il est réalisé, rapportera beaucoup plus que ce qui est nécessaire pour rembourser les créanciers. Le juge surveillant était le mieux placé pour établir un équilibre entre les intérêts de toutes les parties intéressées. J'estime que l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver le prêt de DE Tenor était raisonnable et approprié, bien qu'il ait eu pour effet de limiter la position de négociation des créanciers.
>
> . . .
>
> . . . L'approbation du prêt de DE Tenor a certes amoindri l'influence que pouvaient exercer les détenteurs de billets lors de la négociation d'un plan, et rendu plus complexe la négociation d'un plan, mais ce prêt ne constituait pas une transaction visant les conditions de leurs dettes ni ne les privait de l'un de leurs droits reconnus par la loi. Il ne s'agit donc pas d'un arrangement, et un vote des créanciers n'était pas nécessaire. [par. 82 et 93]

[113] Nous ne souscrivons pas à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle il y a lieu d'établir une distinction avec *Crystallex* parce que, dans cette affaire, les créanciers disposaient d'un seul moyen de recouvrement (c.-à-d. l'arbitrage) tandis que, dans la

2020 SCC 10 (CanLII)

Plan). Given the supervising judge's conclusion that Callidus could not vote on the New Plan, that plan was not a viable alternative to the LFA. This left the LFA and litigation of the Retained Claims as the "only potential recovery" for Bluberi's creditors (supervising judge's reasons, at para. 91). Perhaps more significantly, even if there were multiple options for creditor recovery in either *Crystallex* or this case, the mere presence of those options would not necessarily have changed the character of the third party litigation funding agreements at issue or converted them into plans of arrangement. The question for the supervising judge in each case is whether the agreement before them ought to be approved as interim financing. While other options for creditor recovery may be relevant to that discretionary decision, they are not determinative.

[114] We add that the Litigation Financing Charge does not convert the LFA into a plan of arrangement by "subordinat[ing]" creditors' rights (C.A. reasons, at para. 90). We accept that this charge would have the effect of placing secured creditors like Callidus behind in priority to Bentham. However, this result is expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*. This "subordination" does not convert statutorily authorized interim financing into a plan of arrangement. Accepting this interpretation would effectively extinguish the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote pursuant to s. 11.2(2).

[115] Third, we are of the view that the Court of Appeal was wrong to decide that the supervising judge should have submitted the LFA together with a plan to the creditors for their approval (para. 89). As we have indicated, whether to insist that a debtor package their third party litigation funding agreement

présente affaire, il y en a deux (c.-à-d. l'introduction d'une action à l'égard des réclamations retenues et le nouveau plan de Callidus). Étant donné que le juge surveillant avait conclu que Callidus ne pouvait pas voter sur le nouveau plan, ce plan ne constituait pas une solution de rechange viable à l'AFL. La [TRADUCTION] « seule possibilité de recouvrement » qui s'offrait aux créanciers de Bluberi résidait donc dans l'AFL et l'introduction d'une action à l'égard des réclamations retenues (motifs du juge surveillant, par. 91). Fait peut-être plus important, même si les créanciers avaient disposé de plusieurs moyens de recouvrement, tant dans l'affaire *Crystallex* que dans la présente affaire, la simple existence de ces moyens n'aurait pas nécessairement modifié la nature des accords de financement de litige par un tiers en cause ni n'aurait eu pour effet de les convertir en plans d'arrangement. La question que doit se poser le juge surveillant dans chaque affaire est de savoir si l'accord qui lui est soumis doit être approuvé à titre de financement temporaire. Certes, les autres moyens de recouvrement dont disposent les créanciers peuvent entrer en ligne de compte dans la prise de cette décision discrétionnaire, mais ils ne sont pas déterminants.

[114] Ajoutons que la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'AFL en plan d'arrangement en [TRADUCTION] « subordonn[ant] » les droits des créanciers (motifs de la Cour d'appel, par. 90). Nous reconnaissons que cette charge aurait pour effet de placer les créanciers garantis comme Callidus derrière Bentham dans l'ordre de priorité, mais ce résultat est expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*. Cette « subordination » ne convertit pas le financement temporaire autorisé par la loi en plan d'arrangement. Retenir cette interprétation aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers en vertu du par. 11.2(2).

[115] Troisièmement, nous estimons que la Cour d'appel a eu tort de conclure que le juge surveillant aurait dû soumettre l'AFL accompagné d'un plan à l'approbation des créanciers (par. 89). Comme nous l'avons indiqué, la décision d'exiger que le débiteur accompagne d'un plan son accord de financement

2020 SCC 10 (CanLII)

with a plan is a discretionary decision for the supervising judge to make.

[116] Finally, at the appellants' insistence, we point out that the Court of Appeal's suggestion that the LFA is somehow "akin to an equity investment" was unhelpful and potentially confusing (para. 90). That said, this characterization was clearly *obiter dictum*. To the extent that the Court of Appeal relied on it as support for the conclusion that the LFA was a plan of arrangement, we have already explained why we believe the Court of Appeal was mistaken on this point.

VI. Conclusion

[117] For these reasons, at the conclusion of the hearing we allowed these appeals and reinstated the supervising judge's order. Costs were awarded to the appellants in this Court and the Court of Appeal.

Appeals allowed with costs in the Court and in the Court of Appeal.

Solicitors for the appellants/interveners 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the appellants/interveners IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited): Woods, Montréal.

Solicitors for the respondent Callidus Capital Corporation: Gowling WLG (Canada), Montréal.

Solicitors for the respondents International Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervener Ernst & Young Inc.: Stikeman Elliott, Montréal.

de litige par un tiers est une décision discrétionnaire qui appartient au juge surveillant.

[116] Enfin, sur les instances des appelantes, nous soulignons que l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle l'AFL [TRADUCTION] « s'apparente [en quelque sorte] à un placement à échéance non déterminée » était inutile et pouvait prêter à confusion (par. 90). Cela dit, il s'agissait manifestement d'une remarque incidente. Dans la mesure où la Cour d'appel s'est fondée sur cette qualification pour conclure que l'AFL constituait un plan d'arrangement, nous avons déjà expliqué pourquoi nous croyons que la Cour d'appel a fait erreur sur ce point.

VI. Conclusion

[117] Pour ces motifs, à l'issue de l'audience, nous avons accueilli les pourvois et rétabli l'ordonnance du juge surveillant. Les dépens devant notre Cour et la Cour d'appel ont été adjugés aux appelantes.

Pourvois accueillis avec dépens devant la Cour et la Cour d'appel.

Procureurs des appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc. : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)) : Woods, Montréal.

Procureurs de l'intimée Callidus Capital Corporation : Gowling WLG (Canada), Montréal.

Procureurs des intimés International Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Ernst & Young Inc. : Stikeman Elliott, Montréal.

2020 SCC 10 (CanLII)

Solicitors for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs des intervenants l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

2020 SCC 10 (CanLII)

IN THE SUPREME COURT OF NEWFOUNDLAND AND LABRADOR
GENERAL DIVISION
In Bankruptcy and Insolvency

2022 NLSC 81 (CanLII)

Citation: *Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's (Re)*, 2022 NLSC 81
Date: May 10, 2022
Docket: 20220124092

IN THE MATTER OF the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, as amended (the "*BIA*");

AND IN THE MATTER OF the Notice of Intention to Make a Proposal of the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's

---

Before: Justice Garrett A. Handrigan

Place of Hearing: St. John's, Newfoundland and Labrador

Date of Hearing: April 29, 2022

Summary:

On December 21, 2021, the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's gave Notice of Intention to make a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act* to Claimants for damages because of abuse they suffered while

2022 NLSC 81 (CanLII)

living at Mount Cashel Orphanage. On April 14, 2022, the Corporation filed an Interlocutory Application to convert the proceedings to the *Companies' Creditors Arrangement Act* and to seek protection under that legislation while it evaluated and liquidated its assets, and the Claimants completed a claims process. The Corporation also asked for ancillary, but related, relief. The Claimants opposed the Application arguing that it was premature and that it would increase costs, thereby diminishing the funds available to distribute to them.

The Court allowed the Application in the main and granted the ancillary relief the Corporation sought. It also stated dates when the conversion from the *BIA* to the *CCAA* takes effect and to consider continuing the proceedings under the *CCAA*.

Appearances:

Geoffrey L. Spencer and Meghan M. King	Appearing on behalf of the Applicant, the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's (the "Corporation")
Clifton P. Prophet, Geoffrey E. Budden, Q.C., Thomas Gertner, Paul A. Kennedy	Representative Counsel appearing on behalf of claimants, anonymous claimants / creditors of the Corporation (the "Claimants")
Maurice Chiasson, Q.C., Joseph J. Thorne	Appearing on behalf of Ernst & Young Inc., Trustee of the Corporation

Authorities Cited:

CASES CONSIDERED: *John Doe (G.E.B. #25) v. The Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's,* 2018 NLSC 60, rev'd 2020 NLCA 27, leave to appeal refused [2020] S.C.C.A. No. 309, 2021 CarswellNfld 12; *Clothing for Modern Times Ltd., Re*, 2011 ONSC 7522; *Norcon Marine Services Ltd., (Re)*, 2019 NLSC 238; *Stokes Building Supplies Ltd., Re* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 114, 318 A.P.R. 114 (Nfld. S.C.(T.D.)); *Canwest Publishing Inc./Publications Canwest Inc., Re*, 2010 ONSC 222; *AbitibiBowater Inc., Re*, 2012 SCC 67; *Fisher Oil & Gas Corp. v. Guaranty*

Bank & Trust Co. (1982), 40 O.R. (2d) 548, 142 D.L.R. (3d) 43 (C.A.); *Ted Leroy Trucking [Century Services] Ltd., Re*, 2010 SCC 60; *Nova Metal Products Inc. v. Comiskey (Trustee of)* (1990), 1 O.R. (3d) 289, 41 O.A.C. 282

STATUTES CONSIDERED: *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3; *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36; *Schools Act, 1997*, S.N.L. 1997, c. S-12.2

RULES CONSIDERED: *Rules of the Supreme Court, 1986,* S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D

2022 NLSC 81 (CanLII)

REASONS FOR JUDGMENT

HANDRIGAN J.:

INTRODUCTION

[1] The Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's (the "Corporation") was incorporated on May 12, 1897, by a special act of the legislature of the Province of Newfoundland. The Corporation is the legal owner of all the property, both real and personal, of the Archdiocese of St. John's which administers thirty-four parishes on the Avalon and Burin Peninsulas, in eastern and southeastern Newfoundland.

[2] Four Claimants sued the Corporation in December 1999 for damages because of the harm they suffered while living at Mount Cashel Orphanage in the 1940s and 1950s. The Christian Brothers operated the Orphanage at the time and members of the Order abused the Claimants both physically and sexually. The Newfoundland and Labrador Court of Appeal found that the Corporation was vicariously liable for the actions of the Christian Brothers, and the Supreme Court of Canada confirmed that the Corporation was liable in January 2021 by dismissing its application for leave to appeal (*John Doe (G.E.B. #25) v. The Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's,* 2018 NLSC 60, rev'd 2020 NLCA 27, leave to appeal refused [2020] S.C.C.A. No. 309, 2021 CarswellNfld 12).

[3] This Court, from whose decision the Corporation appealed, assessed the damages of the four Claimants who sued the Corporation even though it dismissed their claims. It quantified their total at $2,611,113.96. The Court of Appeal modified the Claimants' damages slightly by adjusting the prejudgment interest the Claimants received, but otherwise confirmed this Court's award. On April 15, 2021, the four Claimants filed a judgment at the Sheriff's Office for $2,395,312.45.

[4] Filing the judgment precipitated two other actions: Four other law firms notified the Corporation that they represent more than one hundred other former residents of Mount Cashel Orphanage, and the Corporation anticipates that those claims, based on the damages awarded to the first four Claimants, may exceed $50,000,000; and a class action proposed in the Supreme Court of British Columbia, against the Christian Brothers, named the Corporation as a co-defendant in that proceeding.

[5] The Corporation, faced with overwhelming claims, filed a Notice of Intention to Make a Proposal under section 50.4 (1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the "*BIA*") at the Office of the Superintendent of Bankruptcy on December 21, 2021. This Court stayed proceedings against the Corporation under section 50.4 (9) of the *BIA* on January 20, 2022, and has extended that stay three times since then so that it will expire on May 27, 2022, unless it is extended again.

[6] However, the stay may not be extended beyond June 20, 2022, so that the Corporation will be deemed to have made an assignment in bankruptcy unless it makes a proposal to its creditors before then, as it declared it would do when it filed its Notice of Intention on December 21, 2021. The Corporation says that it is unlikely to make a proposal before June 20, 2022, because of several compelling contingencies that I will discuss later in these reasons.

[7] To that end, the Corporation filed an Interlocutory Application on April 14, 2022, asking generally for an Order converting the Notice of Intention proceedings it started under the *BIA* to proceedings under section 11.6 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (the "*CCAA*"). More particularly, the Corporation asks in its Interlocutory Application:

2022 NLSC 81 (CanLII)

(a) to abridge time periods under section 11 of the *CCAA* and the *Rules of the Supreme Court, 1986,* S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D (the "*Rules*");

(b) to direct that it may serve its Application as it proposes in it;

(c) to declare that it is a "debtor company" to which the *CCAA* applies;

(d) to stay all proceedings against it under the *CCAA* for an initial ten days;

(e) to appoint Ernest & Young Inc. ("EY") as its monitor in the *CCAA* proceedings;

(f) to grant an administration charge in an initial amount of $400,000 to secure payment of the professional fees and disbursements that EY, EY's counsel, the Corporation's counsel, and Deloitte Restructuring Inc. (the Financial Advisor to Representative Counsel) will incur in the *CCAA* proceedings (the "Administration Charge"); and finally

(g) to continue the role of Representative Counsel in the *CCAA* proceedings.

[8] I set the Corporation's Interlocutory Application for April 20, 2022, but adjourned it until April 29, 2022, because Representative Counsel, who opposed it, required time to file its objection and a Memorandum of Fact and Law in support. However, I proceeded with the Interlocutory Application as planned on April 29, 2022, and reserved my judgment until now.

THE ISSUES

[9] The Corporation's Interlocutory Application raises these issues:

(a) Does the Corporation meet the criteria for protection under the *CCAA*?

(b) If it does, should I appoint EY as its monitor in the *CCAA* proceedings?

(c) Should I approve the Administration Charge that the Corporation requests?

2022 NLSC 81 (CanLII)

THE LAW

Statute – Application to Convert

[10] Section 3(1) of the *CCAA* provides:

> 3(1) This Act applies in respect of a debtor company or affiliated debtor companies if the total of claims against the debtor company or affiliated debtor companies, determined in accordance with section 20, is more than $5,000,000 or any other amount that is prescribed.

[11] Section 2(1) of the *CCAA* defines "company" as "… any company, corporation or legal person incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province, any incorporated company having assets or doing business in Canada, wherever incorporated…"; and it excludes other agencies, not applicable here.

[12] Section 2(1) also says that "debtor company" means, as relevant here, any company that:

> (a) is bankrupt or insolvent,
> (b) has committed an act of bankruptcy within the meaning of the [*BIA]* …,
> (c) has made an authorized assignment or against which a bankruptcy order has been made under the [*BIA]*….

[13] While the *CCAA* does not define "insolvent", courts generally defer to the definition of "insolvent person" that section 2 of the *BIA* provides. It is,

> … [A] person who is not bankrupt and who resides, carries on business, or has property in Canada, whose liabilities to creditors provable as claims under this Act amount to one thousand dollars, and

2022 NLSC 81 (CanLII)

> (a) who is for any reason unable to meet his obligations as they generally become due,
>
> (b) who has ceased paying his current obligations in the ordinary course of business as they generally become due, or
>
> (c) the aggregate of whose property is not, at a fair valuation, sufficient, or, if disposed of at a fairly conducted sale under legal process, would not be sufficient to enable payment of all his obligations, due and accruing due….

2022 NLSC 81 (CanLII)

[14] Section 11.6 of the *CCAA* allows a court to convert a Part lll *BIA* proceeding into a *CCAA* proceeding. It provides:

> 11.6 Notwithstanding the Bankruptcy and Insolvency Act,
>
> (a) proceedings commenced under Part III of the [*BIA*] may be taken up and continued under this Act only if a proposal within the meaning of the [*BIA*] has not been filed under that Part; and
>
> (b) an application under this Act by a bankrupt may only be made with the consent of inspectors referred to in section 116 of the [*BIA*] but no application may be made under this Act by a bankrupt whose bankruptcy has resulted from
>
> (i) the operation of subsection 50.4(8) of the [*BIA*], or
> (ii) the refusal or deemed refusal by the creditors or the court, or the annulment, of a proposal under the [*BIA*].

[15] Section 10(2) of the *CCAA* indicates what an applicant must file initially to convert a proceeding from the *BIA* to the *CCAA*:

> 10 (2) An initial application must be accompanied by
>
> (a) a statement indicating, on a weekly basis, the projected cash flow of the debtor company;
>
> (b) a report containing the prescribed representations of the debtor company regarding the preparation of the cash-flow statement; and

> (c) copies of all financial statements, audited or unaudited, prepared during the year before the application or, if no such statements were prepared in that year, a copy of the most recent such statement.

2022 NLSC 81 (CanLII)

Case Law – Application to Convert

[16] Brown J., then of the Ontario Superior Court, stated a "three-part test" in paragraph 9 of *Clothing for Modern Times Ltd., Re*, 2011 ONSC 7522, that a company seeking to convert from the *BIA* to the *CCAA* must meet:

> 9 It strikes me that on a motion to continue under the *CCAA* an applicant company should place before the court evidence dealing with three issues:
>
> (i) The company has satisfied the sole statutory condition set out in section 11.6(a) of the *CCAA* that it has not filed a proposal under the *BIA*;
>
> (ii) The proposed continuation would be consistent with the purposes of the *CCAA*; and,
>
> (iii) Evidence which serves as a reasonable surrogate for the information which section 10(2) of the *CCAA* requires accompany any initial application under the Act.

[17] Orsborn J., formerly of this Court, also discussed the onus on a company wishing to convert from the *BIA* to the *CCAA* in *Norcon Marine Services Ltd., (Re)*, 2019 NLSC 238. As counsel for the Corporation notes in the Memorandum of Fact and Law that he filed for the Corporation in this matter, "… [Orsborn J. considered that] the threshold to gain access to the *CCAA* is not high":

> 14. … On an initial application, section 11.02(3)(a) [of the *CCAA*] requires an applicant to satisfy the court that "circumstances exist that make the order appropriate". When a continuation is sought in circumstances where, as here, the BIA proposal process has already been engaged, case authorities suggest the section 11.02(3)(b) criteria of good faith and diligence also come into play….

[18] The learned justice cited, amongst other authorities, Brown J.'s decision in *Clothing for Modern Times* that I referred to above.

[19] It is worth noting that, despite Orsborn J.'s view of how low the bar was for an applicant to convert proceedings from the *BIA* to the *CCAA*, the applicant in *Norcon* failed:

> 35 Assessing the matter as objectively as I can, the evidence does not disclose a germ of a reasonable possibility of reorganizing or restructuring Norcon to a position from which it can either continue its operations or be sold as a going concern or otherwise. The evidence discloses no potentially viable thread with which to begin the process of weaving a plan that will fulfill the objectives of the CCAA. The threshold of appropriate circumstances has not been crossed. [Emphasis Added]

Statute – Appointing a Monitor

[20] Section 11.7 (1) of the *CCAA* provides for the appointment of a monitor. It reads:

> 11.7 (1) When an order is made on the initial application in respect of a debtor company, the court shall at the same time appoint a person to monitor the business and financial affairs of the company. The person so appointed must be a trustee, within the meaning of subsection 2(1) of the [*BIA*].

[21] Section 2(1) of the *BIA* simply says that a "trustee" "… means a person who is licensed or appointed under this Act".

2022 NLSC 81 (CanLII)

Case Law – Appointing a Monitor

[22] This Court discussed the qualifications of monitors and the Court's expectations for them in *Stokes Building Supplies Ltd., Re* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 114, 318 A.P.R. 114 (Nfld. S.C.(T.D.)). Of both, Halley J. stated:

- The monitor must be able to discharge its duties, including and most importantly, it must have expertise in insolvency, for which trustees in bankruptcy are uniquely qualified;
- The monitor must be able to negotiate and mediate with the parties to the insolvency, towards preparing a compromise or arrangement between the shareholders and creditors of the insolvent company;
- The monitor must analyze the insolvent's financial status during reorganization, project that data into the future and assist the Court in assessing and weighing the proposed compromise or arrangement that is recommended; and
- The monitor must be independent of all parties to the insolvency.

(Generally, paragraphs 18-22 of *Stokes*, but with reference to other portions of Halley J.'s judgment and paragraph 16 in particular).

[23] Halley J. inserted this strong caveat in paragraph 15 of his judgment: "It is essential for the court to ensure that neither the shareholders nor the creditors have any influence on the monitor. As an agent of the court, the monitor must not be in a 'conflict of interest' situation. The monitor's sole responsibility is to the court" [emphasis added]; and then he dismissed Stokes Building Supplies Ltd.'s request to appoint its auditor as monitor:

> 23 While the auditor of the applicant possesses the necessary qualifications, there is a lack of the necessary "independence". The application to appoint the company's auditor as monitor is dismissed.

2022 NLSC 81 (CanLII)

Statute – Approving Administration Charge

[24] Section 11.52 (1) of the *CCAA* allows this Court to grant an administration charge. It provides:

> 11.52 (1) On notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring that all or part of the property of a debtor company is subject to a security or charge – in an amount that the court considers appropriate – in respect of the fees and expenses of
>
> (a) the monitor, including the fees and expenses of any financial, legal or other experts engaged by the monitor in the performance of the monitor's duties;
>
> (b) any financial, legal, or other experts engaged by the company for the purpose of proceedings under this Act; and
>
> (c) any financial, legal, or other experts engaged by any other interested person if the court is satisfied that the security or charge is necessary for their effective participation in proceedings under this Act.

Case Law – Approving Administration Charge

[25] In *Canwest Publishing Inc./Publications Canwest Inc., Re*, 2010 ONSC 222, Pepall J. set out six factors a court may consider when it decides whether to grant an administration charge. She proposed the following (paragraph 54):

> (a) the size and complexity of the businesses being restructured;
> (b) the proposed role of the beneficiaries of the charge;
> (c) whether there is an unwarranted duplication of roles;
> (d) whether the quantum of the proposed charge appears to be fair and reasonable;
> (e) the position of the secured creditors likely to be affected by the charge; and
> (f) the position of the Monitor.

2022 NLSC 81 (CanLII)

[26] Pepall J. noted that "[t]his is not an exhaustive list and no doubt other relevant factors will be developed in the jurisprudence" (paragraph 54).

[27] This is the law I will apply to the issues I stated earlier in these reasons. I turn now to analyze those issues, starting with the background to them.

2022 NLSC 81 (CanLII)

ANALYSIS

Background

[28] The Corporation applies to convert these proceedings from the *BIA* to the *CCAA*. It filed its application on April 14, 2022, and asked for an "Initial Order" under the *CCAA* which will, amongst other things, stay "… all actions, suits or proceedings and remedies taken or that might be taken against … [it] …for an initial ten (10) days…". If granted, the Corporation will ask at the end of those 10 days for an order under section 11.02 (2) of the *CCAA* to extend that stay "… until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary".

[29] In effect, the Corporation anticipates that it will run out of time to make a proposal to its creditors (the Claimants) and that it will be deemed to have made an assignment in bankruptcy under section 50.4 (8) (a) of the *BIA* for its failure to make a proposal. The Corporation notes that it cannot extend the time to make a proposal beyond June 20, 2021, six (6) months beyond the date it filed its Notice of Intention to make a proposal.

[30] The Corporation says that there is much unfinished work that it and the Claimants must do before it can make a proposal and that too little time remains under the *BIA* to get that work done. Matters remaining include:

- Quantifying the damages that the Claimants seek to recover from the Corporation, including confirming the number of Claimants and the particulars of their individual claims;
- Ascertaining in August 2022 whether a proposed class action in the Supreme Court of British Columbia, in which the Corporation has been named as a co-defendant, will be certified;
- If the British Columbia class action is certified, quantifying the damages that may be payable in it;
- Developing and executing plans to realize on the Corporation's assets, including its real properties which are widely dispersed, some of which may be uniquely situated, as well as difficult to value and ultimately to market;
- Ascertaining what, if anything, it will recover on an insurance policy with Guardian Insurance, which is set for trial in November 2022; and
- Ascertaining what the Corporation will recover, if anything, from the Government of Newfoundland and Labrador for properties it owns that the Department of Education now occupies under the *Schools Act, 1997*, S.N.L. 1997, c. S-12.2, with the Claimants' application to deal with this issue now set for hearing in November 2022.

[31] In paragraph 38 of the Memorandum of Fact and Law the Corporation filed with its Interlocutory Application, it stated its dilemma this way:

> 38. Without the requested protection under the *CCAA*, the Applicant [Corporation] will have to cease operations within the near future and will be unable to complete the Tender Process and further realizations on its assets for the benefit of its stakeholders and creditors.

[32] These notes, together with my comments in the Introduction to these reasons, provide the background to the issues I stated above, to which I turn now for discussion.

2022 NLSC 81 (CanLII)

Discussion

Protection under the CCAA

2022 NLSC 81 (CanLII)

[33] There are some aspects of the Interlocutory Application that are not controversial. For example, there is no doubt that the Corporation is a "company" as defined in Section 2 (1) of the *CCAA*. As I noted earlier, the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's was incorporated on May 12, 1897, by a special act of the legislature of the Province of Newfoundland. It is the civil and working arm of the Archdiocese of St. John's; and to paraphrase the definition of "company" in section 2 (1) of the *CCAA*, the Corporation was both incorporated by or under an Act of the legislature of a province and it has assets and does business in Canada.

[34] Additionally, the Corporation is a "debtor company" as that phrase appears in Section 2 (1) of the *CCAA*, in that it is an "insolvent person" as defined in section 2 of the *BIA*. Again, to paraphrase the definition of "insolvent person", the Corporation is not bankrupt, it carries on business in Canada, its liabilities exceed one thousand dollars, and it is either unable to meet those obligations or the aggregate of its property would not be sufficient for it to pay all its obligations, due and accruing due.

[35] Section 3 (1) of the *CCAA* sets $5,000,000 as the entry-level indebtedness that a company must have before it is eligible for protection under the *Act*. Presently, the only confirmed and quantified indebtedness that the Corporation has is the $2,395,312.45 judgment the four Claimants registered at the Sheriff's Office on April 15, 2021.

[36] When Representative Counsel filed its Memorandum of Fact and Law for the Claimants on this application, it noted that "… at the April 20, [2022] hearing the RCECSJ and the Proposal Trustee [EY] took the position that there may not be proven claims against the RCECSJ in excess of the amounts owing to the Mount Cashel Plaintiffs" (paragraph 46). Representative Counsel condemned what it characterized as the Corporation's disavowal of its liability to the Claimants and construed those comments as an effort "… to continue the abhorrent historic trend

of the RCECSJ seeking to minimize the claims of abuse victims". Counsel for the Corporation claimed that Representative Counsel misconstrued his remarks about indebtedness when he responded to this comment during oral arguments on April 29, 2022.

2022 NLSC 81 (CanLII)

[37] While I acknowledge the fervour with which Representative Counsel condemned the suggestion that counsel for the Corporation claimed the only proven claims were those the four original claimants have brought, nothing particularly turns on that issue just now so I will leave it extant. I do want to note, however, that Representative Counsel then seems itself to have adopted the suggestion, perhaps a tad facetiously and possibly only for the sake of argument, for it says thus at the end of paragraph 47 of its Memorandum: "The RCECSJ and the Proposal Trustee's view (however misguided) appears to be that the RCECSJ may not have provable claims against it that exceed the threshold [of $5,000,000]. By the word of its own counsel and counsel to the Proposal Trustee, the RCECSJ is not eligible for protection under the *CCAA*".

[38] Let me say definitively that the Corporation will not be precluded from protection under the *CCAA* because it does not meet the $5,000,000 threshold that section 3(1) of the Act prescribes. I acknowledge that this Court has certified only the damage claims of the four original claimants. However, the number of Claimants has grown considerably in the year that has elapsed since those claimants filed their judgment in the Sheriff's Office.

[39] I have not been advised conclusively of the number of potential Claimants but estimates that have been provided indicate there may be as many as 150 or more and their claims may exceed $50,000,000. The ultimate number of Claimants and the global value of their claims awaits the claims process that Representative Counsel is developing. Without liquidating all its assets, and even after it has done so, the Corporation may not be able to satisfy all those claims.

[40] The Supreme Court of Canada made it clear in *AbitibiBowater Inc., Re*, 2012 SCC 67, that "… provable claims in an insolvency … may be [monetary in nature], even if the amounts involved are not quantified at the outset of the proceeding"

(paragraph 3). I find the court's reasoning in *AbitibiBowater* helpful and will examine the decision more closely, if only briefly.

[41] In 2008, AbitibiBowater announced that it was closing its last paper mill in the Province of Newfoundland and Labrador. It filed for insolvency protection in the United States and petitioned for a stay of proceedings under the *CCAA* in the Superior Court of Quebec because its head office was in Montreal. Meanwhile, within two weeks of the company's announcement that the mill was closing, the Province of Newfoundland and Labrador passed legislation immediately transferring most of the property AbitibiBowater owned in this Province to itself. It also denied the company any legal remedy for the expropriation.

[42] About six months after the Province expropriated the property, its Minister of Environment and Conservation issued environmental protection orders ("EPA orders") directing the company to submit remediation plans to the Province for the five industrial sites from which it had operated. Simultaneously, the Province brought a motion in the Superior Court of Quebec that a claims procedure order under the *CCAA* did not bar the Province from enforcing its EPA orders.

[43] AbitibiBowater contested the motion and applied for orders staying the Province's EPA orders and confirming they were subject to the claims' procedure order under the *CCAA*. At issue was whether the EPA orders were "truly financial and monetary in nature". The Superior Court of Quebec found that they were and confirmed they were subject to the *CCAA* process. The Quebec Court of Appeal dismissed the Province's appeal.

[44] Deschamps J. of the Supreme Court of Canada, with six other judges concurring, also dismissed the Province's appeal. About the EPA orders she noted, "I agree with the Chief Justice [of Quebec] that, as a general proposition, an environmental order issued by a regulatory body can be treated as a contingent claim, and that such a claim can be included in the claims process if it is sufficiently certain that the regulatory body will make a monetary claim against the debtor" (paragraph 59).

2022 NLSC 81 (CanLII)

[45] Apropos of this matter, the as yet unascertained and unquantified claims of the other Claimants are "contingent claims" for which they are certain to make monetary claims against the Corporation. I include those claims in the *CCAA* process against the Corporation so that its indebtedness clearly exceeds the $5,000,000 threshold.

[46] More generally, the Claimants do not object so much to the substance of the Corporation's application to convert the proceedings from the *BIA* to the *CCAA*, as they do the timing of its request. That said, they do suggest that other procedures may be more appropriate. In that behalf, they offer two possible alternatives, a holding proposal or a receivership, both under the *BIA*. I will consider the other options subsequently, but first want to discuss the timing of the Corporation's application to convert.

[47] The Claimants say that the application to convert is premature for two reasons: When the Corporation filed the application on April 14, 2022, it still had more than 60 days available to it to make a proposal to its creditors through its Notice of Intention under the *BIA*; otherwise, the Claimants say the Corporation is ignoring the significance of June 2, 2022, the date it set for the return of tenders for the 26 parcels of properties it is selling in the St. John's region. Let me deal with these objections in that order.

[48] It is true that the Corporation still has some time available to it in the Notice of Intention process. It filed its Notice on December 21, 2022, and the six (6) months that the *BIA* allows for extensions of the stay of proceedings that this Court put in place then and has extended several times since, may be extended further but not beyond June 20, 2022. The Corporation feels that it is not acting fecklessly by applying now. It believes that the *BIA* process does not offer a long-term solution, so it will gain nothing by simply deferring the inevitable.

2022 NLSC 81 (CanLII)

[49] I agree with the Corporation that the Notice of Intention process under the *BIA* will not allow it to liquidate its assets in the structured and orderly way that will likely maximize their returns from them. Earlier in these reasons, I enumerated matters outstanding for the Corporation that it must address before it may value, sell, and realize on its assets so it will be certain of what it will have available for the Claimants.

[50] Aside from the claims process, the creation and administration of which lies largely with the Claimants, there will be a further tender process for properties that the Corporation owns elsewhere on the Avalon Peninsula than in the St. John's region, as well as on the Burin Peninsula. The Corporation also needed to know what impact, if any, the class action in British Columbia will have on its liquidity, as well as what, if anything, it will recover by its claim against Guardian Insurance. While it is too soon to realistically assess when these collateral matters will happen, there is no doubt they will take more time than is currently available under the *BIA*.

[51] As to the importance of the June 2, 2022 closing date for the first tender package, the Claimants overstate its significance by a good measure. It is true that the returns from the tender process will indicate the market for and values of some of the properties available for sale. It may even show that the tender process is not especially effective for selling the properties, either at all or for obtaining their best values. However, the efficacy of the tender process is only one part of the overall exercise on which the Corporation is engaged, and it applies to only a portion of the properties, albeit possibly the most valuable ones, that the Corporation will sell. Overall, June 2, 2022, is no more than an arbitrary date on which the Claimants are conferring too much importance.

[52] As I noted above, the Claimants also suggest that continuing the *BIA* proceedings under the *CCAA* may not be the only or best option available to the Corporation to liquidate its assets. They submit that a "holding proposal" is also available under the *BIA*.

[53] They describe "holding proposal" in paragraph 33 of the Memorandum of Fact and Law they filed in this matter as:

2022 NLSC 81 (CanLII)

> … a proposal submitted to a debtor's creditors that provides that the Debtor will file a substantive proposal at a later date. A "holding proposal" effectively tolls the time period available to make a proposal under the *BIA*. It provides a debtor with sufficient time to complete its restructuring and/or liquidation, in the expectation that all stakeholders of the debtor, will derive a greater benefit from the tolling of the time period under the *BIA* than from any immediate bankruptcy.

2022 NLSC 81 (CanLII)

[54] The Claimants rely on a dated authority, *Fisher Oil & Gas Corp. v. Guaranty Bank & Trust Co.* (1982), 40 O.R. (2d) 548, 142 D.L.R. (3d) 43 (C.A.), to submit that a holding proposal under the *BIA* is available to the Corporation.

[55] I disagree with the Claimants that the Corporation may resort to a holding proposal in this matter. As described by the Claimants, a "holding proposal" is a promise by the Corporation to make a proposal. If the term has any relevance now, "holding proposal" is actually the Notice of Intention process on which the Corporation is currently engaged. The Notice of Intention process simply cannot be extrapolated further, for to do as the Claimants suggest would require the Corporation to make another promise to make a proposal beyond what it did on December 21, 2021; and a fair reading of section 50.4 (1) of the *BIA* does not support that kind of duplicity.

[56] The Claimants also submit in paragraph 42 of their Memorandum of Fact and Law that the results the tender process bears on June 2, 2022 "… may require a re-evaluation of whether the RCECSJ remains the best steward of its property, assets, or undertakings, or whether in the alternative the appointment of an independent receiver may be more appropriate". In effect, the Claimants are suggesting by this that it may be appropriate to consider switching the "debtor-driven" process that is now operating, to a "creditor-driven" process whereby the Claimants would have more control over how the Corporation's assets are called in, valued, and disposed of. They also suggest that a receivership would likely cost less. As to that, they note the reporting obligations that are built into the *BIA*-*CCAA* processes.

[57] Let me address first the relevance of who "drives" the process. I favour neither a creditor – nor a debtor – driven process, but whatever works to the best interests of the Claimants, the ultimate beneficiaries of this undertaking. Thus far, I find that

the initiative the Corporation has displayed, encouraging. It assiduously meets (and generally beats) its deadlines and it seems fully committed to deriving the maximum value from its assets for the Claimants.

2022 NLSC 81 (CanLII)

[58] I offer this simple example: The parties have not yet sought my approval for the settlement they reached over the "Chase The Ace" funds from St. Kevin's Parish, nor have they apprised me of its terms. However, very early in the discussion of that issue the Corporation took, the perhaps uncomfortable stance, that the funds belonged to the Corporation and should be available for it to distribute amongst the Claimants.

[59] I also find that the Corporation states and works methodically towards its goals and continually looks toward future eventualities it will have to contend with. No doubt this anticipation lies behind the present application to convert from the *BIA* to the *CCAA*. I believe that the efforts the Corporation have shown to date also garner support from the lay members of the 34 parishes under the auspices of the Archdiocese of St. John's. Counsel for the Corporation reports that parishioners still give generously to the Church. We ought not to underestimate the importance of that support since those same parishioners will likely be involved in acquiring the assets the Corporation will sell by the tender process or howsoever the properties are sold.

[60] As to how the costs of the *CCAA* proceedings compare to the costs of a receivership, the latter would also be court-ordered since there is no private means for appointing a receiver here, so the reporting and accounting requirements (and the associated costs) would likely mirror each other.

[61] Overall, I find that the Corporation is discharging the duties it has under the Notice of Intention proceedings that it instituted on December 21, 2021. It has met its timelines; it shows a determined interest in maximizing the value of the assets it has available for distribution; it is putting the interests of the Claimants first; and it is committed to liquidating its assets and meeting all other contingencies that affect the recovery of funds to settle the claims outstanding against it.

[62] Timelines under the *BIA* are too restrictive to allow the Corporation to complete the process on which it is engaged. However, the *CCAA* offers greater flexibility and is more conducive to the undertaking. I note the comments of Deschamps J. of the Supreme Court of Canada in *Ted Leroy Trucking [Century Services] Ltd., Re*, 2010 SCC 60.

2022 NLSC 81 (CanLII)

[63] The learned justice highlighted the "remedial nature" of the *CCAA* and expressed it with this quotation from paragraph 57 of Doherty J.A.'s dissenting judgment in *Nova Metal Products Inc. v. Comiskey (Trustee of)* (1990), 1 O.R. (3d) 289, 41 O.A.C. 282:

> 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. (*Century Services* at para. 59).

[64] Elsewhere in *Century Services*, Deschamps J. compared and contrasted the restrictiveness of the *BIA* and the flexibility of the *CCAA*. In paragraph 15, she noted:

> 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.
>
> [Emphasis added.]

[65] Otherwise, I note that the Corporation filed the documentation required under section 10 (2) of the *CCAA*, in that it submitted with its Interlocutory Application, a statement indicating its projected cash flow; its prescribed recommendations for preparing the cash-flow statement; and copies of appropriate financial statements.

[66] Overall, I find the Corporation satisfies the three-part test that Brown J. set out in *Clothing for Modern Times*. To summarize and paraphrase Brown J.'s test:

- It has not filed a proposal under the *BIA*;
- It is maximizing its recovery from its assets for the benefit of the Claimants and enabling the Claimants to complete a claims process; and
- It has filed all documentation that section 10(2) of the *CCAA* specifies.

2022 NLSC 81 (CanLII)

[67] In the result, I will allow its application to convert proceedings from the *BIA* to the *CCAA* and stay the Claimants' proceedings against it under the *CCAA*.

Appointing EY as Monitor

[68] The Corporation asks to appoint Ernst & Young Inc. to monitor its activities under the *CCAA*. In paragraph 42 of the Memorandum of Fact and Law the Corporation filed to support its Interlocutory Application to convert, it states succinctly the reasons it believes EY is a suitable monitor:

> 42. EY is a trustee within the meaning of s. 2(1) of the *BIA* and is not subject to any of the restrictions as to who may be appointed as monitor under section 11.7(2) of the *CCAA*. EY has a significant amount of experience acting as a court-appointed monitor in *CCAA* proceedings. EY also has been engaged by the Applicant to help with its restructuring since January, 2021. In addition, EY has acted as Proposal Trustee for the Application under the Part III *BIA* proposal process and has therefore gained significant knowledge that would be of assistance during the CCAA proceedings.

[69] The Corporation notes in paragraph 43 of its Memorandum that "EY has consented to acting as Monitor in these *CCAA* proceedings"; and I also note that the Claimants do not challenge EY's appointment.

[70] In the result, I order that EY will be Monitor of the Corporation in the *CCAA* proceedings.

Administration Charge

[71] The Corporation requests an Administration Charge of $400,000 under section 11.52 of the *CCAA*. It relies on the criteria that Pepall J. identified in *Canwest Publishing* and offers three factors that justify granting the Administration Charge it asks for under the *CCAA*. While the Claimants are clearly concerned that converting to *CCAA* proceedings will increase costs, thereby reducing the funds available for distribution, they do not oppose the Administration Charge *per se*; nor do they specify how costs might increase.

[72] As to the criteria Pepall J. stated in *Canwest Publishing*, I find that the *CCAA* proceedings are likely to be complex and involved, they may be of long duration and all parties to this process will surely benefit from the professional services the Administration Charge will be directed to. In addition to the professional fees and disbursements that the Corporation will incur for its counsel, the Monitor and the Monitor's counsel, the Charge covers the fees and disbursements of Deloitte Restructuring Inc., Financial Advisor to Representative Counsel.

[73] In the result, I grant an Administration Charge against the property of the Corporation in an initial amount of $400,000 to secure the payment of the professional fees and disbursements already incurred and to be incurred in the *CCAA* proceedings by the Monitor, counsel to the Monitor, counsel to the Corporation, and Deloitte Restructuring Inc., and to rank as a super-priority charge on all assets of the Corporation.

SUMMARY AND DISPOSITION

[74] On December 21, 2021, the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's gave Notice of Intention to make a proposal under the *Bankruptcy and*

2022 NLSC 81 (CanLII)

Insolvency Act to Claimants for damages because of abuse they suffered while living at Mount Cashel Orphanage. On April 14, 2022, the Corporation filed an Interlocutory Application to convert the proceedings to the *Companies' Creditors Arrangement Act* and to seek protection under that legislation while it evaluated and liquidated its assets, and the Claimants completed a claims process. The Corporation also asked for ancillary, but related, relief. The Claimants opposed the Application, arguing that it was premature and that it would increase costs, thereby diminishing the funds available to distribute to them.

2022 NLSC 81 (CanLII)

[75] The Court allowed the Application in the main and granted the ancillary relief the Corporation sought. It also stated dates when the conversion from the *BIA* to the *CCAA* takes effect and to consider continuing the proceedings under the *CCAA*.

ORDER

[76] In the result, I order that:

(1) The Corporation may convert its proceedings from the *BIA* to the *CCAA* and I stay the Claimants' proceedings against the Corporation under the *CCAA*;

(2) Ernst & Young Inc. will be Monitor of the Corporation in the *CCAA* proceedings;

(3) I grant an Administration Charge against the property of the Corporation in an initial amount of $400,000 to secure the payment of the professional fees and disbursements already incurred and to be incurred in the *CCAA* proceedings by the Monitor, counsel to the Monitor, counsel to the Corporation, and Deloitte Restructuring, to rank as a super-priority charge on all assets of the Corporation;

(4) This order takes effect on May 17, 2022, and the Corporation may file its Amended and Restated Initial Order, in substantially the same form that it submitted with its Interlocutory Application, subject to any changes that may be warranted by this Judgment;

(5) The stay of proceedings ordered previously under the *BIA* remains in effect until May 17, 2022, when the stay of proceedings under the *CCAA* takes effect; and

(6) This matter returns to Court on Friday, May 27, 2022, to consider the continuation of the proceedings under the *CCAA*.

GARRETT A. HANDRIGAN
Justice

2022 NLSC 81 (CanLII)

CITATION: Canwest Publishing Inc., 2010 ONSC 222
COURT FILE NO.: CV-10-8533-00CL
DATE: 20100118

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(COMMERCIAL LIST)

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

AND IN THE MATTER OF A PROPOSED PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF CANWEST PUBLISHING INC./PUBLICATIONS CANWEST INC., CANWEST BOOKS INC. AND CANWEST (CANADA) INC.

2010 ONSC 222 (CanLII)

COUNSEL: *Lyndon Barnes, Alex Cobb and Duncan Ault* for the Applicant LP Entities
Mario Forte for the Special Committee of the Board of Directors
Andrew Kent and Hilary Clarke for the Administrative Agent of the Senior Secured Lenders' Syndicate
Peter Griffin for the Management Directors
Robin B. Schwill and Natalie Renner for the Ad Hoc Committee of 9.25% Senior Subordinated Noteholders
David Byers and Maria Konyukhova for the proposed Monitor, FTI Consulting Canada Inc.

PEPALL J.

REASONS FOR DECISION

Introduction

[1] Canwest Global Communications Corp. ("Canwest Global") is a leading Canadian media company with interests in (i) newspaper publishing and digital media; and (ii) free-to-air television stations and subscription based specialty television channels. Canwest Global, the entities in its Canadian television business (excluding CW Investments Co. and its subsidiaries) and the National Post Company (which prior to October 30, 2009 owned and published the National Post) (collectively, the "CMI Entities"), obtained protection from their creditors in a

Companies' Creditors Arrangement Act[1] ("CCAA") proceeding on October 6, 2009.[2] Now, the Canwest Global Canadian newspaper entities with the exception of National Post Inc. seek similar protection. Specifically, Canwest Publishing Inc./Publications Canwest Inc. ("CPI"), Canwest Books Inc. ("CBI"), and Canwest (Canada) Inc. ("CCI") apply for an order pursuant to the CCAA. They also seek to have the stay of proceedings and the other benefits of the order extend to Canwest Limited Partnership/Canwest Société en Commandite (the "Limited Partnership"). The Applicants and the Limited Partnership are referred to as the "LP Entities" throughout these reasons. The term "Canwest" will be used to refer to the Canwest enterprise as a whole. It includes the LP Entities and Canwest Global's other subsidiaries which are not applicants in this proceeding.

[2] All appearing on this application supported the relief requested with the exception of the Ad Hoc Committee of 9.25% Senior Subordinated Noteholders. That Committee represents certain unsecured creditors whom I will discuss more fully later.

[3] I granted the order requested with reasons to follow. These are my reasons.

[4] I start with three observations. Firstly, Canwest Global, through its ownership interests in the LP Entities, is the largest publisher of daily English language newspapers in Canada. The LP Entities own and operate 12 daily newspapers across Canada. These newspapers are part of the Canadian heritage and landscape. The oldest, The Gazette, was established in Montreal in 1778. The others are the Vancouver Sun, The Province, the Ottawa Citizen, the Edmonton Journal, the Calgary Herald, The Windsor Star, the Times Colonist, The Star Phoenix, the Leader-Post, the Nanaimo Daily News and the Alberni Valley Times. These newspapers have an estimated average weekly readership that exceeds 4 million. The LP Entities also publish 23 non-daily

[1] R.S.C. 1985, c. C. 36, as amended.

[2] On October 30, 2009, substantially all of the assets and business of the National Post Company were transferred to the company now known as National Post Inc.

2010 ONSC 222 (CanLII)

newspapers and own and operate a number of digital media and online operations. The community served by the LP Entities is huge. In addition, based on August 31, 2009 figures, the LP Entities employ approximately 5,300 employees in Canada with approximately 1,300 of those employees working in Ontario. The granting of the order requested is premised on an anticipated going concern sale of the newspaper business of the LP Entities. This serves not just the interests of the LP Entities and their stakeholders but the Canadian community at large.

[5] Secondly, the order requested may contain some shortcomings; it may not be perfect. That said, insolvency proceedings typically involve what is feasible, not what is flawless.

[6] Lastly, although the builders of this insolvent business are no doubt unhappy with its fate, gratitude is not misplaced by acknowledging their role in its construction.

Background Facts

(i) Financial Difficulties

[7] The LP Entities generate the majority of their revenues through the sale of advertising. In the fiscal year ended August 31, 2009, approximately 72% of the LP Entities' consolidated revenue derived from advertising. The LP Entities have been seriously affected by the economic downturn in Canada and their consolidated advertising revenues declined substantially in the latter half of 2008 and in 2009. In addition, they experienced increases in certain of their operating costs.

[8] On May 29, 2009 the Limited Partnership failed, for the first time, to make certain interest and principal reduction payments and related interest and cross currency swap payments totaling approximately $10 million in respect of its senior secured credit facilities. On the same day, the Limited Partnership announced that, as of May 31, 2009, it would be in breach of certain financial covenants set out in the credit agreement dated as of July 10, 2007 between its predecessor, Canwest Media Works Limited Partnership, The Bank of Nova Scotia as administrative agent, a syndicate of secured lenders ("the LP Secured Lenders"), and the predecessors of CCI, CPI and CBI as guarantors. The Limited Partnership also failed to make

2010 ONSC 222 (CanLII)

principal, interest and fee payments due pursuant to this credit agreement on June 21, June 22, July 21, July 22 and August 21, 2009.

[9] The May 29, 2009, defaults under the senior secured credit facilities triggered defaults in respect of related foreign currency and interest rate swaps. The swap counterparties (the "Hedging Secured Creditors") demanded payment of $68.9 million. These unpaid amounts rank pari passu with amounts owing under the LP Secured Lenders' credit facilities.

[10] On or around August 31, 2009, the Limited Partnership and certain of the LP Secured Lenders entered into a forbearance agreement in order to allow the LP Entities and the LP Secured Lenders the opportunity to negotiate a pre-packaged restructuring or reorganization of the affairs of the LP Entities. On November 9, 2009, the forbearance agreement expired and since then, the LP Secured Lenders have been in a position to demand payment of approximately $953.4 million, the amount outstanding as at August 31, 2009. Nonetheless, they continued negotiations with the LP Entities. The culmination of this process is that the LP Entities are now seeking a stay of proceedings under the CCAA in order to provide them with the necessary "breathing space" to restructure and reorganize their businesses and to preserve their enterprise value for the ultimate benefit of their broader stakeholder community.

[11] The Limited Partnership released its annual consolidated financial statements for the twelve months ended August 31, 2009 and 2008 on November 26, 2009. As at August 31, 2009, the Limited Partnership had total consolidated assets with a net book value of approximately $644.9 million. This included consolidated current assets of $182.7 million and consolidated non-current assets of approximately $462.2 million. As at that date, the Limited Partnership had total consolidated liabilities of approximately $1.719 billion (increased from $1.656 billion as at August 31, 2008). These liabilities consisted of consolidated current liabilities of $1.612 billion and consolidated non-current liabilities of $107 million.

[12] The Limited Partnership had been experiencing deteriorating financial results over the past year. For the year ended August 31, 2009, the Limited Partnership's consolidated revenues decreased by $181.7 million or 15% to $1.021 billion as compared to $1.203 billion for the year

2010 ONSC 222 (CanLII)

ended August 31, 2008. For the year ended August 31, 2009, the Limited Partnership reported a consolidated net loss of $66 million compared to consolidated net earnings of $143.5 million for fiscal 2008.

2010 ONSC 222 (CanLII)

(ii) Indebtedness under the Credit Facilities

[13] The indebtedness under the credit facilities of the LP Entities consists of the following.

(a) The LP senior secured credit facilities are the subject matter of the July 10, 2007 credit agreement already mentioned. They are guaranteed by CCI, CPI and CBI. The security held by the LP Secured Lenders has been reviewed by the solicitors for the proposed Monitor, FTI Consulting Canada Inc. and considered to be valid and enforceable.[3] As at August 31, 2009, the amounts owing by the LP Entities totaled $953.4 million exclusive of interest.[4]

(b) The Limited Partnership is a party to the aforementioned foreign currency and interest rate swaps with the Hedging Secured Creditors. Defaults under the LP senior secured credit facilities have triggered defaults in respect of these swap arrangements. Demand for repayment of amounts totaling $68.9 million (exclusive of unpaid interest) has been made. These obligations are secured.

(c) Pursuant to a senior subordinated credit agreement dated as of July 10, 2007, between the Limited Partnership, The Bank of Nova Scotia as administrative agent for a syndicate of lenders, and others, certain subordinated lenders agreed to provide the Limited Partnership with access to a term credit facility of up to $75

---

[3] Subject to certain assumptions and qualifications.

[4] Although not formally in evidence before the court, counsel for the LP Secured Lenders advised the court that currently $382,889,000 in principal in Canadian dollars is outstanding along with $458,042,000 in principal in American dollars.

million. CCI, CPI, and CBI are guarantors. This facility is unsecured, guaranteed on an unsecured basis and currently fully drawn. On June 20, 2009, the Limited Partnership failed to make an interest payment resulting in an event of default under the credit agreement. In addition, the defaults under the senior secured credit facilities resulted in a default under this facility. The senior subordinated lenders are in a position to take steps to demand payment.

(d) Pursuant to a note indenture between the Limited Partnership, The Bank of New York Trust Company of Canada as trustee, and others, the Limited Partnership issued 9.5% per annum senior subordinated unsecured notes due 2015 in the aggregate principal amount of US $400 million. CPI and CBI are guarantors. The notes are unsecured and guaranteed on an unsecured basis. The noteholders are in a position to take steps to demand immediate payment of all amounts outstanding under the notes as a result of events of default.

[14] The LP Entities use a centralized cash management system at the Bank of Nova Scotia which they propose to continue. Obligations owed pursuant to the existing cash management arrangements are secured (the "Cash Management Creditor").

(iii) LP Entities' Response to Financial Difficulties

[15] The LP Entities took a number of steps to address their circumstances with a view to improving cash flow and strengthening their balance sheet. Nonetheless, they began to experience significant tightening of credit from critical suppliers and other trade creditors. The LP Entities' debt totals approximately $1.45 billion and they do not have the liquidity required to make payment in respect of this indebtedness. They are clearly insolvent.

[16] The board of directors of Canwest Global struck a special committee of directors (the "Special Committee") with a mandate to explore and consider strategic alternatives. The Special Committee has appointed Thomas Strike, the President, Corporate Development & Strategy Implementation, as Recapitalization Officer and has retained Gary Colter of CRS Inc. as

2010 ONSC 222 (CanLII)

Restructuring Advisor for the LP Entities (the "CRA"). The President of CPI, Dennis Skulsky, will report directly to the Special Committee.

[17] Given their problems, throughout the summer and fall of 2009, the LP Entities have participated in difficult and complex negotiations with their lenders and other stakeholders to obtain forbearance and to work towards a consensual restructuring or recapitalization.

[18] An ad hoc committee of the holders of the senior subordinated unsecured notes (the "Ad Hoc Committee") was formed in July, 2009 and retained Davies Ward Phillips & Vineberg as counsel. Among other things, the Limited Partnership agreed to pay the Committee's legal fees up to a maximum of $250,000. Representatives of the Limited Partnership and their advisors have had ongoing discussions with representatives of the Ad Hoc Committee and their counsel was granted access to certain confidential information following execution of a confidentiality agreement. The Ad Hoc Committee has also engaged a financial advisor who has been granted access to the LP Entities' virtual data room which contains confidential information regarding the business and affairs of the LP Entities. There is no evidence of any satisfactory proposal having been made by the noteholders. They have been in a position to demand payment since August, 2009, but they have not done so.

[19] In the meantime and in order to permit the businesses of the LP Entities to continue to operate as going concerns and in an effort to preserve the greatest number of jobs and maximize value for the stakeholders of the LP Entities, the LP Entities have been engaged in negotiations with the LP Senior Lenders, the result of which is this CCAA application.

(iv) The Support Agreement, the Secured Creditors' Plan and the Solicitation Process

[20] Since August 31, 2009, the LP Entities and the LP administrative agent for the LP Secured Lenders have worked together to negotiate terms for a consensual, prearranged restructuring, recapitalization or reorganization of the business and affairs of the LP Entities as a going concern. This is referred to by the parties as the Support Transaction.

2010 ONSC 222 (CanLII)

[21] As part of this Support Transaction, the LP Entities are seeking approval of a Support Agreement entered into by them and the administrative agent for the LP Secured Lenders. 48% of the LP Secured Lenders, the Hedging Secured Creditors, and the Cash Management Creditor (the "Secured Creditors") are party to the Support Agreement.

[22] Three interrelated elements are contemplated by the Support Agreement and the Support Transaction: the credit acquisition, the Secured Creditors' plan (the "Plan"), and the sale and investor solicitation process which the parties refer to as SISP.

[23] The Support Agreement contains various milestones with which the LP Entities are to comply and, subject to a successful bid arising from the solicitation process (an important caveat in my view), commits them to support a credit acquisition. The credit acquisition involves an acquisition by an entity capitalized by the Secured Creditors and described as AcquireCo. AcquireCo. would acquire substantially all of the assets of the LP Entities (including the shares in National Post Inc.) and assume certain of the liabilities of the LP Entities. It is contemplated that AcquireCo. would offer employment to all or substantially all of the employees of the LP Entities and would assume all of the LP Entities' existing pension plans and existing post-retirement and post-employment benefit plans subject to a right by AcquireCo., acting commercially reasonably and after consultation with the operational management of the LP Entities, to exclude certain specified liabilities. The credit acquisition would be the subject matter of a Plan to be voted on by the Secured Creditors on or before January 31, 2010. There would only be one class. The Plan would only compromise the LP Entities' secured claims and would not affect or compromise any other claims against any of the LP Entities ("unaffected claims"). No holders of the unaffected claims would be entitled to vote on or receive any distributions of their claims. The Secured Creditors would exchange their outstanding secured claims against the LP Entities under the LP credit agreement and the swap obligations respectively for their *pro rata* shares of the debt and equity to be issued by AcquireCo. All of the LP Entities' obligations under the LP secured claims calculated as of the date of closing less $25 million would be deemed to be satisfied following the closing of the Acquisition Agreement.

2010 ONSC 222 (CanLII)

LP secured claims in the amount of $25 million would continue to be held by AcquireCo. and constitute an outstanding unsecured claim against the LP Entities.

[24] The Support Agreement contemplates that the Financial Advisor, namely RBC Dominion Securities Inc., under the supervision of the Monitor, will conduct the solicitation process. Completion of the credit acquisition process is subject to a successful bid arising from the solicitation process. In general terms, the objective of the solicitation process is to obtain a better offer (with some limitations described below) than that reflected in the credit acquisition. If none is obtained in that process, the LP Entities intend for the credit acquisition to proceed assuming approval of the Plan. Court sanction would also be required.

[25] In more detailed terms, Phase I of the solicitation process is expected to last approximately 7 weeks and qualified interested parties may submit non-binding proposals to the Financial Advisor on or before February 26, 2010. Thereafter, the Monitor will assess the proposals to determine whether there is a reasonable prospect of obtaining a Superior Offer. This is in essence a cash offer that is equal to or higher than that represented by the credit acquisition. If there is such a prospect, the Monitor will recommend that the process continue into Phase II. If there is no such prospect, the Monitor will then determine whether there is a Superior Alternative Offer, that is, an offer that is not a Superior Offer but which might nonetheless receive approval from the Secured Creditors. If so, to proceed into Phase II, the Superior Alternative Offer must be supported by Secured Creditors holding more than at least 33.3% of the secured claims. If it is not so supported, the process would be terminated and the LP Entities would then apply for court sanction of the Plan.

[26] Phase II is expected to last approximately 7 weeks as well. This period allows for due diligence and the submission of final binding proposals. The Monitor will then conduct an assessment akin to the Phase 1 process with somewhat similar attendant outcomes if there are no Superior Offers and no acceptable Alternative Superior Offers. If there were a Superior Offer or an acceptable Alternative Superior Offer, an agreement would be negotiated and the requisite approvals sought.

2010 ONSC 222 (CanLII)

[27] The solicitation process is designed to allow the LP Entities to test the market. One concern is that a Superior Offer that benefits the secured lenders might operate to preclude a Superior Alternative Offer that could provide a better result for the unsecured creditors. That said, the LP Entities are of the view that the solicitation process and the support transaction present the best opportunity for the businesses of the LP Entities to continue as going concerns, thereby preserving jobs as well as the economic and social benefits of their continued operation. At this stage, the alternative is a bankruptcy or liquidation which would result in significant detriment not only to the creditors and employees of the LP Entities but to the broader community that benefits from the continued operation of the LP Entities' business. I also take some comfort from the position of the Monitor which is best captured in an excerpt from its preliminary Report:

> The terms of the Support Agreement and SISP were the subject of lengthy and intense arm's length negotiations between the LP Entities and the LP Administrative Agent. The Proposed Monitor supports approval of the process contemplated therein and of the approval of those documents, but without in any way fettering the various powers and discretions of the Monitor.

[28] It goes without saying that the Monitor, being a court appointed officer, may apply to the court for advice and directions and also owes reporting obligations to the court.

[29] As to the objection of the Ad Hoc Committee, I make the following observations. Firstly, they represent unsecured subordinated debt. They have been in a position to take action since August, 2009. Furthermore, the LP Entities have provided up to $250,000 for them to retain legal counsel. Meanwhile, the LP Secured Lenders have been in a position to enforce their rights through a non-consensual court proceeding and have advised the LP Entities of their abilities in that regard in the event that the LP Entities did not move forward as contemplated by the Support Agreement. With the Support Agreement and the solicitation process, there is an enhanced likelihood of the continuation of going concern operations, the preservation of jobs and the maximization of value for stakeholders of the LP Entities. It seemed to me that in the face of these facts and given that the Support Agreement expired on January 8, 2010, adjourning the

2010 ONSC 222 (CanLII)

proceeding was not merited in the circumstances. The Committee did receive very short notice. Without being taken as encouraging or discouraging the use of the comeback clause in the order, I disagree with the submission of counsel to the Ad Hoc Committee to the effect that it is very difficult if not impossible to stop a process relying on that provision. That provision in the order is a meaningful one as is clear from the decision in *Muscletech Research & Development Inc.*[5]. On a come back motion, although the positions of parties who have relied bona fide on an Initial Order should not be prejudiced, the onus is on the applicants for an Initial Order to satisfy the court that the existing terms should be upheld.

2010 ONSC 222 (CanLII)

Proposed Monitor

[30] The Applicants propose that FTI Consulting Canada Inc. serve as the Monitor. It currently serves as the Monitor in the CMI Entities' CCAA proceeding. It is desirable for FTI to act; it is qualified to act; and it has consented to act. It has not served in any of the incompatible capacities described in section 11.7(2) of the CCAA. The proposed Monitor has an enhanced role that is reflected in the order and which is acceptable.

Proposed Order

[31] As mentioned, I granted the order requested. It is clear that the LP Entities need protection under the CCAA. The order requested will provide stability and enable the LP Entities to pursue their restructuring and preserve enterprise value for their stakeholders. Without the benefit of a stay, the LP Entities would be required to pay approximately $1.45 billion and would be unable to continue operating their businesses.

---

[5] 2006 CarswellOnt 264 (S.C.J.).

(a) Threshold Issues

[32] The chief place of business of the Applicants is Ontario. They qualify as debtor companies under the CCAA. They are affiliated companies with total claims against them that far exceed $5 million. Demand for payment of the swap indebtedness has been made and the Applicants are in default under all of the other facilities outlined in these reasons. They do not have sufficient liquidity to satisfy their obligations. They are clearly insolvent.

(b) Limited Partnership

[33] The Applicants seek to extend the stay of proceedings and the other relief requested to the Limited Partnership. The CCAA definition of a company does not include a partnership or a limited partnership but courts have exercised their inherent jurisdiction to extend the protections of an Initial CCAA Order to partnerships when it was just and convenient to do so. The relief has been held to be appropriate where the operations of the partnership are so intertwined with those of the debtor companies that irreparable harm would ensue if the requested stay were not granted: *Re Canwest Global Communications Corp*[6]and *Re Lehndorff General Partners Ltd*[7].

[34] In this case, the Limited Partnership is the administrative backbone of the LP Entities and is integral to and intertwined with the Applicants' ongoing operations. It owns all shared information technology assets; it provides hosting services for all Canwest properties; it holds all software licences used by the LP Entities; it is party to many of the shared services agreements involving other Canwest entities; and employs approximately 390 full-time equivalent employees who work in Canwest's shared services area. The Applicants state that failure to extend the stay to the Limited Partnership would have a profoundly negative impact on the value of the Applicants, the Limited Partnership and the Canwest Global enterprise as a whole. In

[6] 2009 CarswellOnt 6184 at para. 29 (S.C.J.).

[7] (1993), 9 B.L.R. (2d) 275 (Ont. Gen. Div.).

2010 ONSC 222 (CanLII)

addition, exposing the assets of the Limited Partnership to the demands of creditors would make it impossible for the LP Entities to successfully restructure. I am persuaded that under these circumstances it is just and convenient to grant the request.

(c) Filing of the Secured Creditors' Plan

[35] The LP Entities propose to present the Plan only to the Secured Creditors. Claims of unsecured creditors will not be addressed.

[36] The CCAA seems to contemplate a single creditor-class plan. Sections 4 and 5 state:

> s.4 Where a compromise or an arrangement is proposed between a debtor company and its unsecured creditors or any class of them, the court may, on the application in a summary way of the company or of any such creditor or of the trustee in bankruptcy or liquidator of the company, order a meeting of the creditors or class of creditors and, it the court so determines, of the shareholders of the company, to be summoned in such manner as the court directs.
>
> s.5 Where a compromise or an arrangement is proposed between a debtor company and its secured creditors or any class of them, the court may, on the application in a summary way of the company or of any such creditor or of the trustee in bankruptcy or liquidator of the company, order a meeting of the creditors or class of creditors and, if the court so determines, of the shareholders of the company, to be summoned in such manner as the court directs.

[37] Case law has interpreted these provisions as authorizing a single creditor-class plan. For instance, Blair J. (as he then was) stated in *Re Philip Services Corp.*[8] : " There is no doubt that a debtor is at liberty, under the terms of sections 4 and 5 of the CCAA, to make a proposal to

[8] 1999 CarswellOnt 4673 (S.C.J.).

2010 ONSC 222 (CanLII)

secured creditors or to unsecured creditors or to both groups."[9] Similarly, in *Re Anvil Range Mining Corp.*[10], the Court of Appeal stated: "It may also be noted that s. 5 of the CCAA contemplates a plan which is a compromise between a debtor company and its secured creditors and that by the terms of s. 6 of the Act, applied to the facts of this case, the plan is binding only on the secured creditors and the company and not on the unsecured creditors."[11]

[38] Based on the foregoing, it is clear that a debtor has the statutory authority to present a plan to a single class of creditors. In *Re Anvil Range Mining Corp.*, the issue was raised in the context of the plan's sanction by the court and a consideration of whether the plan was fair and reasonable as it eliminated the opportunity for unsecured creditors to realize anything. The basis of the argument was that the motions judge had erred in not requiring a more complete and in depth valuation of the company's assets relative to the claims of the secured creditors.

[39] In this case, I am not being asked to sanction the Plan at this stage. Furthermore, the Monitor will supervise a vigorous and lengthy solicitation process to thoroughly canvass the market for alternative transactions. The solicitation should provide a good indication of market value. In addition, as counsel for the LP Entities observed, the noteholders and the LP Entities never had any forbearance agreement. The noteholders have been in a position to take action since last summer but chose not to do so. One would expect some action on their part if they themselves believed that they "were in the money". While the process is not perfect, it is subject to the supervision of the court and the Monitor is obliged to report on its results to the court.

[40] In my view it is appropriate in the circumstances to authorize the LP Entities to file and present a Plan only to the Secured Creditors.

---

[9] Ibid at para. 16.

[10] (2002),34 C.B.R. (4th) 157 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (March 6,2003).

[11] Ibid at para. 34.

2010 ONSC 222 (CanLII)

(d) DIP Financing

[41] The Applicants seek approval of a DIP facility in the amount of $25 million which would be secured by a charge over all of the assets of the LP Entities and rank ahead of all other charges except the Administration Charge, and ahead of all other existing security interests except validly perfected purchase money security interests and certain specific statutory encumbrances.

[42] Section 11.2 of the CCAA provides the statutory jurisdiction to grant a DIP charge. In *Re Canwest*[12], I addressed this provision. Firstly, an applicant should address the requirements contained in section 11.2 (1) and then address the enumerated factors found in section 11.2(4) of the CCAA. As that list is not exhaustive, it may be appropriate to consider other factors as well.

[43] Applying these principles to this case and dealing firstly with section 11.2(1) of the CCAA, notice either has been given to secured creditors likely to be affected by the security or charge or alternatively they are not affected by the DIP charge. While funds are not anticipated to be immediately necessary, the cash flow statements project a good likelihood that the LP Entities will require the additional liquidity afforded by the $25 million. The ability to borrow funds that are secured by a charge will help retain the confidence of the LP Entities' trade creditors, employees and suppliers. It is expected that the DIP facility will permit the LP Entities to conduct the solicitation process and consummate a recapitalization transaction of a sale of all or some of its assets. The charge does not secure any amounts that were owing prior to the filing. As such, there has been compliance with the provisions of section 11.2 (1).

[44] Turning then to a consideration of the factors found in section 11.2(4) of the Act, the LP Entities are expected to be subject to these CCAA proceedings until July 31, 2010. Their business and financial affairs will be amply managed during the proceedings. This is a

[12] Supra, note 7 at paras. 31-35.

2010 ONSC 222 (CanLII)

consensual filing which is reflective of the confidence of the major creditors in the current management configuration. All of these factors favour the granting of the charge. The DIP loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement and would ensure the necessary stability during the CCAA process. I have already touched upon the issue of value. That said, in relative terms, the quantum of the DIP financing is not large and there is no readily apparent material prejudice to any creditor arising from the granting of the charge and approval of the financing. I also note that it is endorsed by the proposed Monitor in its report.

[45] Other factors to consider in assessing whether to approve a DIP charge include the reasonableness of the financing terms and more particularly the associated fees. Ideally there should be some evidence on this issue. Prior to entering into the forbearance agreement, the LP Entities sought proposals from other third party lenders for a DIP facility. In this case, some but not all of the Secured Creditors are participating in the financing of the DIP loan. Therefore, only some would benefit from the DIP while others could bear the burden of it. While they may have opted not to participate in the DIP financing for various reasons, the concurrence of the non participating Secured Creditors is some market indicator of the appropriateness of the terms of the DIP financing.

[46] Lastly, I note that the DIP lenders have indicated that they would not provide a DIP facility if the charge was not approved. In all of these circumstances, I was prepared to approve the DIP facility and grant the DIP charge.

(e) Critical Suppliers

[47] The LP Entities ask that they be authorized but not required to pay pre-filing amounts owing in arrears to certain suppliers if the supplier is critical to the business and ongoing operations of the LP Entities or the potential future benefit of the payments is considerable and of value to the LP Entities as a whole. Such payments could only be made with the consent of the proposed Monitor. At present, it is contemplated that such suppliers would consist of certain newspaper suppliers, newspaper distributors, logistic suppliers and the Amex Bank of Canada. The LP Entities do not seek a charge to secure payments to any of its critical suppliers.

2010 ONSC 222 (CanLII)

[48] Section 11.4 of the CCAA addresses critical suppliers. It states:

> 11.4(1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring a person to be a critical supplier to the company if the court is satisfied that the person is a supplier of goods and services to the company and that the goods or services that are supplied are critical to the company's continued operation.
>
> (2) If the court declares the person to be a critical supplier, the court may make an order requiring the person to supply any goods or services specified by the court to the company on any terms and conditions that are consistent with the supply relationship or that the court considers appropriate.
>
> (3) If the court makes an order under subsection (2), the court shall, in the order, declare that all or part of the property of the company is subject to a security or charge in favour of the person declared to be a critical supplier, in an amount equal to the value of the goods or services supplied upon the terms of the order.
>
> (4) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[49] Mr. Byers, who is counsel for the Monitor, submits that the court has always had discretion to authorize the payment of critical suppliers and that section 11.4 is not intended to address that issue. Rather, it is intended to respond to a post-filing situation where a debtor company wishes to compel a supplier to supply. In those circumstances, the court may declare a person to be a critical supplier and require the person to supply. If the court chooses to compel a person to supply, it must authorize a charge as security for the supplier. Mr. Barnes, who is counsel for the LP Entities, submits that section 11.4 is not so limited. Section 11.4 (1) gives the court general jurisdiction to declare a supplier to be a "critical supplier" where the supplier provides goods or services that are essential to the ongoing business of the debtor company. The permissive as opposed to mandatory language of section 11.4 (2) supports this interpretation.

2010 ONSC 222 (CanLII)

[50] Section 11.4 is not very clear. As a matter of principle, one would expect the purpose of section 11.4 to be twofold: (i) to codify the authority to permit suppliers who are critical to the continued operation of the company to be paid and (ii) to require the granting of a charge in circumstances where the court is compelling a person to supply. If no charge is proposed to be granted, there is no need to give notice to the secured creditors. I am not certain that the distinction between Mr. Byers and Mr. Barnes' interpretation is of any real significance for the purposes of this case. Either section 11.4(1) does not oust the court's inherent jurisdiction to make provision for the payment of critical suppliers where no charge is requested or it provides authority to the court to declare persons to be critical suppliers. Section 11.4(1) requires the person to be a supplier of goods and services that are critical to the companies' operation but does not impose any additional conditions or limitations.

[51] The LP Entities do not seek a charge but ask that they be authorized but not required to make payments for the pre-filing provision of goods and services to certain third parties who are critical and integral to their businesses. This includes newsprint and ink suppliers. The LP Entities are dependent upon a continuous and uninterrupted supply of newsprint and ink and they have insufficient inventory on hand to meet their needs. It also includes newspaper distributors who are required to distribute the newspapers of the LP Entities; American Express whose corporate card programme and accounts are used by LP Entities employees for business related expenses; and royalty fees accrued and owing to content providers for the subscription-based on-line service provided by FPinfomart.ca, one of the businesses of the LP Entities. The LP Entities believe that it would be damaging to both their ongoing operations and their ability to restructure if they are unable to pay their critical suppliers. I am satisfied that the LP Entities may treat these parties and those described in Mr. Strike's affidavit as critical suppliers but none will be paid without the consent of the Monitor.

(f) Administration Charge and Financial Advisor Charge

[52] The Applicants also seek a charge in the amount of $3 million to secure the fees of the Monitor, its counsel, the LP Entities' counsel, the Special Committee's financial advisor and

2010 ONSC 222 (CanLII)

counsel to the Special Committee, the CRA and counsel to the CRA. These are professionals whose services are critical to the successful restructuring of the LP Entities' business. This charge is to rank in priority to all other security interests in the LP Entities' assets, with the exception of purchase money security interests and specific statutory encumbrances as provided for in the proposed order.[13] The LP Entities also request a $10 million charge in favour of the Financial Advisor, RBC Dominion Securities Inc. The Financial Advisor is providing investment banking services to the LP Entities and is essential to the solicitation process. This charge would rank in third place, subsequent to the administration charge and the DIP charge.

2010 ONSC 222 (CanLII)

[53] In the past, an administration charge was granted pursuant to the inherent jurisdiction of the court. Section 11.52 of the amended CCAA now provides statutory jurisdiction to grant an administration charge. Section 11.52 states:

> On notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring that all or part of the property of the debtor company is subject to a security or charge – in an amount that the court considers appropriate – in respect of the fees and expenses of
>
> (a) the monitor, including the fees and expenses of any financial, legal or other experts engaged by the monitor in the performance of the monitor's duties;
>
> (b) any financial, legal or other experts engaged by the company for the purpose of proceedings under this Act; and
>
> (c) any financial, legal or other experts engaged by any other interested person if the court is satisfied that the security or charge is necessary for their effective participation in proceedings under this Act.

[13] This exception also applies to the other charges granted.

> (2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[54] I am satisfied that the issue of notice has been appropriately addressed by the LP Entities. As to whether the amounts are appropriate and whether the charges should extend to the proposed beneficiaries, the section does not contain any specific criteria for a court to consider in its assessment. It seems to me that factors that might be considered would include:

> (a) the size and complexity of the businesses being restructured;
>
> (b) the proposed role of the beneficiaries of the charge;
>
> (c) whether there is an unwarranted duplication of roles;
>
> (d) whether the quantum of the proposed charge appears to be fair and reasonable;
>
> (e) the position of the secured creditors likely to be affected by the charge; and
>
> (f) the position of the Monitor.

This is not an exhaustive list and no doubt other relevant factors will be developed in the jurisprudence.

[55] There is no question that the restructuring of the LP Entities is large and highly complex and it is reasonable to expect extensive involvement by professional advisors. Each of the professionals whose fees are to be secured has played a critical role in the LP Entities restructuring activities to date and each will continue to be integral to the solicitation and restructuring process. Furthermore, there is no unwarranted duplication of roles. As to quantum of both proposed charges, I accept the Applicants' submissions that the business of the LP Entities and the tasks associated with their restructuring are of a magnitude and complexity that justify the amounts. I also take some comfort from the fact that the administrative agent for the LP Secured Lenders has agreed to them. In addition, the Monitor supports the charges requested. The quantum of the administration charge appears to be fair and reasonable. As to the quantum

2010 ONSC 222 (CanLII)

of the charge in favour of the Financial Advisor, it is more unusual as it involves an incentive payment but I note that the Monitor conducted its own due diligence and, as mentioned, is supportive of the request. The quantum reflects an appropriate incentive to secure a desirable alternative offer. Based on all of these factors, I concluded that the two charges should be approved.

(g) Directors and Officers

[56] The Applicants also seek a directors and officers charge ("D & O charge") in the amount of $35 million as security for their indemnification obligations for liabilities imposed upon the Applicants' directors and officers. The D & O charge will rank after the Financial Advisor charge and will rank pari passu with the MIP charge discussed subsequently. Section 11.51 of the CCAA addresses a D & O charge. I have already discussed section 11.51 in *Re Canwest*[14] as it related to the request by the CMI Entities for a D & O charge. Firstly, the charge is essential to the successful restructuring of the LP Entities. The continued participation of the experienced Boards of Directors, management and employees of the LP Entities is critical to the restructuring. Retaining the current officers and directors will also avoid destabilization. Furthermore, a CCAA restructuring creates new risks and potential liabilities for the directors and officers. The amount of the charge appears to be appropriate in light of the obligations and liabilities that may be incurred by the directors and officers. The charge will not cover all of the directors' and officers' liabilities in a worse case scenario. While Canwest Global maintains D & O liability insurance, it has only been extended to February 28, 2009 and further extensions are unavailable. As of the date of the Initial Order, Canwest Global had been unable to obtain additional or replacement insurance coverage.

[57] Understandably in my view, the directors have indicated that due to the potential for significant personal liability, they cannot continue their service and involvement in the

[14] Supra note 7 at paras. 44-48.

2010 ONSC 222 (CanLII)

restructuring absent a D & O charge. The charge also provides assurances to the employees of the LP Entities that obligations for accrued wages and termination and severance pay will be satisfied. All secured creditors have either been given notice or are unaffected by the D & O charge. Lastly, the Monitor supports the charge and I was satisfied that the charge should be granted as requested.

(h) Management Incentive Plan and Special Arrangements

[58] The LP Entities have made amendments to employment agreements with 2 key employees and have developed certain Management Incentive Plans for 24 participants (collectively the "MIPs"). They seek a charge in the amount of $3 million to secure these obligations. It would be subsequent to the D & O charge.

[59] The CCAA is silent on charges in support of Key Employee Retention Plans ("KERPs") but they have been approved in numerous CCAA proceedings. Most recently, in *Re Canwest*[15], I approved the KERP requested on the basis of the factors enumerated in *Re Grant Forrest*[16] and given that the Monitor had carefully reviewed the charge and was supportive of the request as were the Board of Directors, the Special Committee of the Board of Directors, the Human Resources Committee of Canwest Global and the Adhoc Committee of Noteholders.

[60] The MIPs in this case are designed to facilitate and encourage the continued participation of certain senior executives and other key employees who are required to guide the LP Entities through a successful restructuring. The participants are critical to the successful restructuring of the LP Entities. They are experienced executives and have played critical roles in the restructuring initiatives to date. They are integral to the continued operation of the business

[15] Supra note 7.

[16] [2009] O.J. No. 3344 (S.C.J.).

2010 ONSC 222 (CanLII)

during the restructuring and the successful completion of a plan of restructuring, reorganization, compromise or arrangement.

[61] In addition, it is probable that they would consider other employment opportunities in the absence of a charge securing their payments. The departure of senior management would distract from and undermine the restructuring process that is underway and it would be extremely difficult to find replacements for these employees. The MIPs provide appropriate incentives for the participants to remain in their current positions and ensures that they are properly compensated for their assistance in the reorganization process.

[62] In this case, the MIPs and the MIP charge have been approved in form and substance by the Board of Directors and the Special Committee of Canwest Global. The proposed Monitor has also expressed its support for the MIPs and the MIP charge in its pre-filing report. In my view, the charge should be granted as requested.

(i) Confidential Information

[63] The LP Entities request that the court seal the confidential supplement which contains individually identifiable information and compensation information including sensitive salary information about the individuals who are covered by the MIPs. It also contains an unredacted copy of the Financial Advisor's agreement. I have discretion pursuant to Section 137(2) of the *Courts of Justice Act*[17] to order that any document filed in a civil proceeding be treated as confidential, sealed and not form part of the public record. That said, public access in an important tenet of our system of justice.

[64] The threshold test for sealing orders is found in the Supreme Court of Canada decision of *Sierra Club of Canada v Canada (Minister of Finance)*[18]. In that case, Iacobucci J. stated that an

[17] R.S.O. 1990, c. C.43, as amended.

[18] [2002] 2 S.C.R. 522.

2010 ONSC 222 (CanLII)

order should only be granted when: (i) it is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonable alternative measures will not prevent the risk; and (ii) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

[65] In *Re Canwest*[19] I applied the *Sierra Club* test and approved a similar request by the Applicants for the sealing of a confidential supplement containing unredacted copies of KERPs for the employees of the CMI Entities. Here, with respect to the first branch of the *Sierra Club* test, the confidential supplement contains unredacted copies of the MIPs. Protecting the disclosure of sensitive personal and compensation information of this nature, the disclosure of which would cause harm to both the LP Entities and the MIP participants, is an important commercial interest that should be protected. The information would be of obvious strategic advantage to competitors. Moreover, there are legitimate personal privacy concerns in issue. The MIP participants have a reasonable expectation that their names and their salary information will be kept confidential. With respect to the second branch of the *Sierra Club* test, keeping the information confidential will not have any deleterious effects. As in the *Re Canwest* case, the aggregate amount of the MIP charge has been disclosed and the individual personal information adds nothing. The salutary effects of sealing the confidential supplement outweigh any conceivable deleterious effects. In the normal course, outside of the context of a CCAA proceeding, confidential personal and salary information would be kept confidential by an employer and would not find its way into the public domain. With respect to the unredacted Financial Advisor agreement, it contains commercially sensitive information the disclosure of which could be harmful to the solicitation process and the salutary effects of sealing it outweigh

[19] Supra, note 7 at para. 52.

2010 ONSC 222 (CanLII)

any deleterious effects. The confidential supplements should be sealed and not form part of the public record at least at this stage of the proceedings.

Conclusion

[66] For all of these reasons, I was prepared to grant the order requested.

Pepall J.

Released: January 18, 2010

2010 ONSC 222 (CanLII)

CITATION: CanWest Global Communications Corp., 2010 ONSC 222
COURT FILE NO.: CV-10-8533-00CL
DATE: 20100118

2010 ONSC 222 (CanLII)

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(COMMERCIAL LIST)

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

AND IN THE MATTER OF A PROPOSED PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF CANWEST GLOBAL COMMUNICATIONS CORP. AND THE OTHER APPLICANTS LISTED ON SCHEDULE "A"

REASONS FOR DECISION

Pepall J.

Released: January 18, 2010

DEUS EX MACHINA, OR GARGANTUA? INTERIM FINANCING UNDER THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*

ALFONSO NOCILLA[†]

2024 CanLIIDocs 2573

I. INTRODUCTION

"Believe me, it is a Divine thing to lend. . ."[1]

The *CCAA* is the primary formal mechanism for resolving complex corporate insolvencies in Canada.[2] The process of insolvency "restructuring"—a term of art that is not defined in

---

[†] Assistant Professor, Faculty of Law, University of Western Ontario. I am grateful to Richard Jones, Roderick Wood, and two anonymous reviewers for their comments on earlier drafts, as well as to participants in the 2023 INSOL Academic Colloquium held in Tokyo, Japan. Any errors are mine.

[1] Francois Rabelais, *The Works of F Rabelais, MD, or, The Lives, Heroic Deeds and Sayings of Gargantua and Pantagruel with a Large Account of the Life and Works of the Author, particularly an Explanation of the Most Difficult Passages in them Never Before Publish'd in Any Language / Done Out of French by Sir Tho Urchard, Kt, and Others* (London: Printed for Richard Baldwin, 1694) at 49.

[2] *Companies' Creditors Arrangement Act*, RSC 1985, c C-36 [*CCAA*]. Traditionally, the *CCAA* was used to develop formal plans of arrangement that insolvent debtors would present to their creditors for a vote—if the plan was accepted, the debtor entity itself would be restructured and continue operating. Over the past few decades, this paradigm has given way to "liquidating *CCAA*s" in which the debtor's assets are sold either piecemeal or on a going concern basis. At the same time, private and court-appointed receiverships remain common, as are commercial proposal proceedings under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, RSC 1985, c B-3 [*BIA*]. However, the average debtor size in these types of proceedings (measured by total value of assets) tends to be much smaller than in *CCAA* proceedings. See Roderick J Wood, "Receiverships in Canada: Myth and Reality" (2017) 80:1 Sask L Rev 231 at 239–45.

the Act[3]—may involve an operational reorganization of the insolvent enterprise, a renegotiation of its debt obligations, or changes to its capital structure. The process is initiated when the insolvent debtor files an *ex parte* application to be recognized as an entity to which the *CCAA* applies, that is, an insolvent "debtor company" or corporate group having more than $5 million in debt in the aggregate.[4] Upon the granting of an initial order by the court, a broad stay is imposed on proceedings against the debtor pursuant to section 11.02 of the Act. This protective stay provides the debtor with "breathing space" in which to negotiate with its creditors and develop a viable restructuring plan.[5]

Understandably, once a debtor has obtained *CCAA* protection, its existing creditors may be reluctant to extend the additional financing required to keep the debtor's business operational while it negotiates, develops, and implements a restructuring plan. At the same time, the inability to access additional financing on favourable terms could be fatal to the debtor's restructuring efforts. In response to this dilemma, *CCAA* courts exercised their inherent and equitable jurisdiction, along with their general power under section 11 to make any orders deemed appropriate in the circumstances, to develop a novel remedy: an order granting a super-priority charge over all of the assets of the

2024 CanLIIDocs 2573

---

[3] The terms "restructuring" and "reorganization" are typically used interchangeably. See Stephanie Ben-Ishai & Thomas GW Telfer (eds), *Bankruptcy and Insolvency Law in Canada: Cases, Materials, and Problems* (Toronto: Irwin Law, 2019) at 505.

[4] Over time, the definition has been expanded to include entities other than corporations, such as partnerships. See *Canwest Global Communications Corp (Re)*, 2009 CanLII 63368 (ONSC). In addition, ss 4–5 of the *CCAA* and the courts have recognized that creditors also have standing to initiate the *CCAA* process. See e.g. *Miniso International Hong Kong Limited v Migu Investments Inc*, 2019 BCSC 1234 at para 45 [*Miniso International*]; Katherine Forbes, "An Exploration of Creditor-Initiated CCAA Proceedings" (2024) 13 J Insolvency Inst Can 1.

[5] *Century Services Inc v Canada (AG)*, 2010 SCC 60 at para 14 [*Century Services*]. Amendments to the *CCAA* in 2019 reduced the maximum duration of this initial stay from 30 days to 10 days, during which time affected stakeholders may scrutinize the debtor's plans and apply to the court for various forms of relief. Typically, a debtor will apply for multiple extensions of the initial stay while it develops its restructuring plan.

insolvent debtor in favour of any lender willing to extend the fresh financing needed to complete the restructuring.[6] As with many other judicial innovations under the *CCAA*, the granting of interim financing orders, commonly referred to as debtor-in-possession (DIP) financing orders, gradually became a common feature of *CCAA* proceedings.[7] Eventually, Parliament codified the authority of supervising judges to grant DIP financing charges in section 11.2 of the Act.[8]

Recognizing the extraordinary nature of a super-priority charge that ranks ahead of all other claims against the insolvent debtor's assets, subsection 11.2(1) expressly provides that the super-priority charge "may not secure an obligation that exists before the order is made."[9] In other words, the language of the Act clearly states that only post-filing debts can be secured by the DIP charge, such that where the DIP lender is an existing creditor, the DIP lender's claims for pre-filing debts will not receive super-priority status. This ensures that the debtor only uses the DIP funds to finance its ongoing operations during the restructuring, not to repay pre-filing debts.

In practice, despite the express prohibition set out in subsection 11.2(1), *CCAA* courts have authorized DIP charges that secured pre-filing debts in two categories of cases. The first category is the "creeping" DIP, wherein the insolvent debtor is permitted to repay certain pre-filing debts owed to the DIP lender by using the debtor's operational revenues during the restructuring period, provided that the DIP loan itself is only

2024 CanLIIDocs 2573

---

6 See *Royal Oak Mines Inc, Re*, 1999 CanLII 14840 (ON Ct J (GD)). For the inherent and equitable jurisdiction of a *CCAA* court, see also *Century Services*, *supra* note 5 at para 64.

7 The terms "interim financing" and "DIP financing" are used interchangeably throughout, as they are in practice, although the Act only uses the former term. Other examples of novel forms of relief that were later codified in the *CCAA*, *supra* note 2, include court-supervised asset sales (*ibid*, s 36) and the appointment of the *CCAA* monitor (*ibid*, s 11.7).

8 *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, SC 2007, c 36 [*Act to Amend*].

9 *CCAA*, *supra* note 2, s 11.2(1).

used to finance the debtor's ongoing operations.[10] The second category of cases is the "rollup" DIP, in which part of the DIP loan is used to repay the pre-filing claims of the DIP lender in whole or in part, thereby "rolling up" the pre-filing debts into the DIP loan.[11] Whereas there is general consensus that creeping DIPs comply with subsection 11.2(1), rollups remain controversial.

This article examines the conflicting lines of jurisprudence on rollups in Canada, with reference to the purposes of section 11.2 and the Supreme Court of Canada's recent decisions in *Callidus*[12] and *Canada North*.[13] Specifically, this article argues that, although the *CCAA* empowers courts to authorize rollups, courts should exercise this power sparingly and only where all of the debtor's affected creditors agree on the terms of the rollup. In particular, *CCAA* courts should resist pressure by aggressive DIP lenders to sanction permanent changes to the property rights or security positions of other creditors through initial or interim orders. Such alterations of the respective rights of a debtor's different creditors should only be made after all creditors have had an opportunity to scrutinize the proposed terms of the rollup. In these regards, the key *CCAA* process that protects creditors is the process for developing a formal plan of arrangement, to be voted upon in a creditors' meeting and submitted for the court's approval pursuant to section 6.[14]

More generally, in considering applications for DIP financing, *CCAA* courts should be mindful of the fact that although DIP lending is an important and often beneficial practice in modern restructurings, it also comes with certain risks. Specifically, there is always a risk that an aggressive DIP lender could demand loan terms that would give it significant control over the debtor,

2024 CanLIIDocs 2573

---

10 See *Comark Inc (Re)*, 2015 ONSC 2010 [*Comark*]; *Performance Sports Group Ltd (Re)*, 2016 ONSC 6800 [*Performance Sports Group*].

11 See *Hartford Computer Hardware Inc (Re)*, 2012 ONSC 964 [*Hartford Computer*]; *Re Toys "R" Us (Canada) Ltd*, 2017 ONSC 5571 [*Toys "R" Us*].

12 *9354-9186 Québec inc v Callidus Capital Corp*, 2020 SCC 10 [*Callidus*].

13 *Canada v Canada North Group Inc*, 2021 SCC 30 [*Canada North*].

14 Among other things, pursuant to s 6, the court must be satisfied that the statutory requirements for sanction have been met and that the plan is fair and reasonable.

thereby steering the restructuring process toward an outcome that benefits the DIP lender at the expense of the debtor itself as well as its other creditors. In such cases, the DIP lender can no longer be likened to a deus ex machina who saves the distressed debtor from a certain demise but instead to a Gargantua—that is, a giant who consumes everything in his path.

Part II examines the origins and purposes of DIP financing under the *CCAA*, beginning with the early jurisprudence prior to the addition of section 11.2. It then examines the 2009 amendments to the Act, which codified the judicial power to authorize DIP loans in section 11.2. Part III examines the post-2009 jurisprudence, with emphasis on the Supreme Court of Canada's recent decisions in *Callidus* and *Canada North*. The upshot of this analysis is that section 11.2 is not mandatory or restrictive and that *CCAA* courts may rely on their broad power under section 11 to authorize DIP financing. The implications of this conclusion are then considered, along with potential reforms that could be expected to better align section 11.2 with modern *CCAA* practice. Part IV concludes.

2024 CanLIIDocs 2573

II. ORIGINS AND PURPOSES OF DIP FINANCING

> *"I have nothing; I owe a great deal; and the rest I leave to the poor."*[15]

A. PURPOSES OF THE *CCAA*

The role and purposes of DIP financing under section 11.2 must be understood within the broader context of the remedial objectives of the Act, as well as the considerable discretion that it grants to supervising judges in furtherance of those objectives. Although the *CCAA* has no express purpose clause, its structure and its long title gives some indication of its aims: "[a]n Act to facilitate compromises and arrangements between companies

---

15 Aidan Reynolds & William E Charlton, *Arthur Machen: A Short Account of His Life and Work* (London: John Baker for The Richard Press, 1963) at 186.

and their creditors".[16] Parliament enacted the *CCAA* in 1933 in order to provide a formal mechanism for insolvent Canadian corporations to reorganize and avoid bankruptcy: "we should adopt some method whereby compromises might be carried into effect under the supervision of the courts without utterly destroying the company or . . . forcing the improvident sales of its assets."[17] The underlying premise was that creditors would be better served by a regime that, rather than liquidating the assets of insolvent enterprises piecemeal, preserved them as going concerns and returned them to profitability. This approach could be expected to maximize the value of insolvent enterprises for the benefit of their creditors, while saving jobs and preserving customer and supplier relationships, thus serving the broader public interest as well.[18]

In *Century Services*, the Supreme Court of Canada reiterated that the *CCAA* is remedial legislation designed to "permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets."[19] In

2024 CanLIIDocs 2573

---

16 *CCAA*, *supra* note 2. See also Roderick J Wood, "Rescue and Liquidation in Restructuring Law" (2013), 53:3 Can Bus LJ 407 at 410 [Wood, "Rescue and Liquidation"].

17 *House of Commons Debates*, 17-4, vol 4 (20 April 1933) at 4091 (Hon CH Cahan), online: <parl.canadiana.ca/view/oop.debates_HOC1704_04/634>. See also Alfonso Nocilla, "The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Restructuring Law in Canada" (2014) 56:1 Can Bus LJ 73.

18 Stanley E Edwards, "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25:6 Can Bar Rev 587 at 592–93. See also *Reference re constitutional validity of the Companies' Creditors Arrangement Act (Dom)*, [1934] SCR 659 at 664, 1934 CanLII 72 (SCC):

> Therefore, if the proceedings under this new Act of 1933 are not, strictly speaking, 'bankruptcy' proceedings, because they had not for object the sale and division of the assets of the debtor, they may, however, be considered as 'insolvency proceedings' with the object of preventing a declaration of bankruptcy and the sale of these assets, if the creditors directly interested for the time being reach the conclusion that an opportune arrangement to avoid such sale would better protect their interest, as a whole or in part.

19 *Century Services*, *supra* note 5 at para 15. See also *Century Services* at para 59, citing *Elan Corp v Comiskey*, [1990] OJ No 2180 at para 57, 1990 CanLII 6979 (ONCA), Doherty JA, dissenting:

light of the Act's remedial nature, its provisions are entitled to "an appropriately purposive and liberal interpretation".[20] In addition, in furtherance of its remedial objectives, the Act grants broad discretion to a *CCAA* court to "make any order that it considers appropriate in the circumstances."[21] As the Supreme Court later held in *Indalex*, such orders may include, for example, the granting of a DIP charge that supersedes in priority a statutory deemed trust for the unpaid pension liabilities of the insolvent debtor, where the DIP loan is necessary to ensure a successful restructuring.[22]

More recently, in *Callidus*, the Supreme Court expanded on its earlier statements about the *CCAA*'s objectives, stating that the Act:

> has the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm's financial distress . . . and enhancement of the credit system generally.[23]

The Supreme Court went on to explain that *CCAA* proceedings have evolved to encompass outcomes other than the reorganization of the insolvent debtor as such, including liquidating CCAAs that:

> take diverse forms and may involve, among other things: the sale of the debtor company as a going concern; an 'en bloc' sale of assets that are capable of being operationalized by a buyer; a

2024 CanLIIDocs 2573

> 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.

20 *Century Services*, *supra* note 5 at para 73.

21 *CCAA*, *supra* note 2, s 11; *Century Services*, *supra* note 5 at para 68.

22 *Sun Indalex Finance, LLC v United Steelworkers*, 2013 SCC 6 at para 58 [*Indalex*].

23 *Callidus*, *supra* note 12 at para 42, citing Janis P Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed (Toronto: Carswell, 2013) at 14.

> partial liquidation or downsizing . . . or a piecemeal sale of assets.[24]

The question of which specific form the restructuring should take is left to the supervising judge, to whom the Act grants "broad discretion" anchored in section 11, which the Supreme Court referred to as the "the engine" that drives the *CCAA* process.[25] In subsequent decisions, the Supreme Court has reiterated that this broad discretion is the "fundamental"[26] and "most important feature"[27] of the *CCAA*, which is "key in allowing the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary business and social needs."[28]

B. Emergence of DIP Financing

Restructuring is an expensive process.[29] Insolvent entities that restructure under the *CCAA* typically will incur significant direct costs in the form of the fees of monitors, legal counsel, and other restructuring professionals. They are also likely to incur various indirect costs, including loss of goodwill, damage to relationships with customers and suppliers, and higher costs of accessing credit.[30] Against this backdrop, the need for additional financing

2024 CanLIIDocs 2573

---

24 *Callidus*, *supra* note 12 at para 43.

25 *Ibid* at para 48, citing *Stelco Inc (Re)*, 2005 CanLII 8671 at para 36 (ONCA).

26 *Montréal (City) v Deloitte Restructuring Inc*, 2021 SCC 53 at para 48.

27 *Canada North*, *supra* note 13 at para 21.

28 *Ibid* at para 138, Karakatsanis J, concurring, citing *Century Services*, *supra* note 5 at paras 58–61.

29 A 2019 quantitative study of *CCAA* proceedings found that the average total debts of *CCAA* entities were approximately $124,000,000 in liquidating *CCAA*s and $349,000,000 in traditional reorganizations. Average overall returns to creditors, calculated as percentages of total debt, ranged from 35% in liquidating *CCAA*s to 21% in traditional reorganizations. Average direct costs of proceedings (lawyers', monitors' and other professional fees), calculated as percentages of overall returns, were 13% for liquidating *CCAA*s and 14% for traditional reorganizations. See Alfonso Nocilla, "Reorganizations, Sales, and the Changing Face of Restructuring in Canada: Quantitative Outcomes of 2012 and 2013 *CCAA* Proceedings" (2019) 42:2 Dal LJ 371 at 383–87.

30 *Ibid* at 386–87. See also Alfonso Nocilla & Vern DaRe, "The Trouble with Pre-Packs" [2020] Ann Rev Insol L 224; Jeremy Opolsky, Jacob Babad & Mike

to maintain the debtor's business on a going concern basis while developing and implementing a restructuring plan is often critical. Prior to the addition of section 11.2 in the 2009 amendments to the Act, *CCAA* courts were asked to approve DIP financing arrangements pursuant to their general power under section 11, as well as their inherent and equitable jurisdiction. In *Royal Oak Mines*, for example, the debtor filed for *CCAA* protection and applied for an order authorizing DIP charges in favour of two senior secured lenders who were owed approximately $180 million and $264 million, respectively. The application was opposed by a second group of lenders who were owed approximately $50 million and who would be "primed" by the DIP charges.[31] Noting that the terms of the DIP loan had been negotiated prior to the debtor's application for *CCAA* protection and without notice to the objecting creditors, Blair J (as he then was) declined to authorize the loan.[32] In doing so, however, he also confirmed that section 11 of the *CCAA* empowered judges to authorize DIP loans as a general matter:

> What is at issue here is not the principle of the Court granting relief of the foregoing nature in CCAA proceedings. That principle is well enough imbedded in the broad jurisdiction referred to earlier in these reasons. In particular, it is not the tenet of DIP financing itself, or super priority financing, which were being questioned. There is sufficient authority for present purposes to justify the granting of such relief in principle. It was the granting of such relief on the broad terms sought here, and the wisdom of that growing practice—without the benefit of

2024 CanLIIDocs 2573

Noel, "Receivership Versus *CCAA* in Real Property Development: Constructing a Framework for Analysis" [2020] Annual Rev Insolvency L 229.

31 *Royal Oak Mines*, *supra* note 6 at para 3.

32 *Ibid* at para 11:

> The Hedge Lenders, at least, received only very short notice of the Application on February 15th. Neither the Kemess Lien Claimants in British Columbia nor Export Development Corporation were given any notice. Yet the Court was asked to grant super priority funding, which would rank ahead of even the Lien Claimants (who have admitted priority over everyone), without their knowledge or consent, and which would rank ahead of the Hedge Lenders who had not yet had a reasonable opportunity to consider their position or (given an American holiday) for their counsel to obtain meaningful instructions.

> interested persons having the opportunity to review such terms and, if so advised, to comment favourably or neutrally or unfavourably, on them—which was called into question.[33]

The Court went on to say that given the "extraordinary" nature of DIP financing, it should be "kept, in Initial Orders, to what is reasonably necessary to meet the debtor company's urgent needs", or in other words, to "keep the lights . . . on".[34]

The importance of DIP financing to modern restructurings was highlighted in the 2003 report of the Senate Committee on Banking, Trade and Commerce.[35] Stating that DIP financing "may be instrumental in ensuring the continued operation of businesses during restructuring," the Senate Committee recommended amendments to the *CCAA* that would expressly empower courts to authorize DIP loans that "can rank prior to such other existing security interests as [the court] may specify."[36] The Senate Committee also recommended a list of factors for *CCAA* courts to consider when deciding whether to grant an application for DIP financing. These recommendations were adopted in the 2009 amendments to the Act adding section 11.2, which read as follows:

> **Interim financing**
>
> **11.2 (1)** On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard

2024 CanLIIDocs 2573

---

33 *Ibid* at para 12.

34 *Ibid* at para 24.

35 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* (November 2003) (Chair: Richard H Kroft) [Senate Report].

36 *Ibid* at 103.

to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.

Priority—secured creditors

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

Priority—other orders

(3) The court may order that the security or charge rank in priority over any security or charge arising from a previous order made under subsection (1) only with the consent of the person in whose favour the previous order was made.

Factors to be considered

(4) In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,

(a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;

(b) how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings;

(c) whether the company's management has the confidence of its major creditors;

(d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;

(e) the nature and value of the company's property;

(f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and

(g) the monitor's report referred to in paragraph 23(1)(*b*), if any.[37]

The requirements in subsection 11.2(1) that the amount of the DIP loan be "approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement" and that the "charge may not secure an obligation that exists before the order is made" both reflect the statement in *Royal Oak Mines* that the

[37] *Act to Amend*, *supra* note 8, s 65.

2024 CanLIIDocs 2573

amount of the DIP loan should be limited to what is necessary to "keep the lights on" during the restructuring. Likewise, the factors in subsection 11.2(4) reflect the importance of giving affected parties an opportunity to scrutinize and consider the effects of the proposed terms of the DIP loan.[38] As discussed below, these considerations were echoed in the early cases on section 11.2.

III. INTERPRETATION AND APPLICATION OF SECTION 11.2

"Appetite comes with eating . . ."[39]

A. EARLY JURISPRUDENCE ON SECTION 11.2

Section 11.2 was considered for the first time in *Canwest Global*.[40] Pepall J (as she then was) of the Ontario Superior Court of Justice began her analysis by noting that section 11.2 had codified much of the earlier jurisprudence on DIP financing. Previously, *CCAA* courts had relied upon their broad power under section 11 of the Act, as well as their inherent and equitable jurisdiction, to authorize DIP financing.[41] She further explained that the "premise underlying DIP financing is that it is a benefit to all stakeholders as it allows the debtors to protect going-concern value while they attempt to devise a plan acceptable to creditors".[42] She then considered each of the factors in subsection 11.2(4) in turn, concluding that the requested amount and terms of the DIP loan were appropriate and necessary in order to complete the restructuring.[43] Notably, Pepall J also concluded that there would be no prejudice to any other creditors of the insolvent debtors if the DIP charge were granted.[44] Furthermore,

38 *Royal Oak Mines*, *supra* note 6 at para 12.

39 Rabelais, *supra* note 1 at 17.

40 *Canwest Global Communications Corp, (Re)*, 2009 CanLII 55114 (ONSC) [*Canwest Global*].

41 *Ibid* at para 31.

42 *Ibid*.

43 *Ibid* at paras 31–36.

44 *Ibid* at para 35.

2024 CanLIIDocs 2573

in subsequent additional reasons, she stated that "[t]he charge does not secure any amounts that were owing prior to the filing", and as such, the DIP loan complied with subsection 11.2(1).[45]

Similarly, in *Pacific Shores*, Fitzpatrick J of the British Columbia Supreme Court stated that the "granting of DIP financing is to be considered in accordance with s. 11.2 of the *CCAA*" and proceeded to apply each of the factors listed in subsection 11.2(4) to the facts before her.[46] She found that the DIP loan was "necessary in the circumstances" to allow the debtor's restructuring to proceed and that it would "enhance the prospects of a viable compromise or arrangement".[47] In addition, the amount of the proposed DIP loan was approximately what was required for the initial period of the restructuring based upon the debtor's cash-flow statement,[48] "and the Monitor support[ed] the granting of" the DIP order.[49] Although some secured creditors had objected to the DIP charge, it was questionable whether those creditors would suffer any prejudice as a result of the charge. Specifically, if the restructuring were to end, the objecting creditors intended to continue the debtor's operations through a receivership, the effect of which would have

2024 CanLIIDocs 2573

---

45 *Canwest Publishing Inc*, 2010 ONSC 222 at para 43. This approach was followed in many subsequent decisions. See *Timminco Limited (Re)*, 2012 ONSC 948 (referring to *Canwest Global* and the criteria in s 11.2, in particular "whether the DIP charge secures an obligation that existed before the order was made (which it should not)" at para 33); *Cinram International Inc (Re)*, 2012 ONSC 3767 (granting an initial order including a DIP charge where the charge did not secure pre-filing obligations); *Comark*, *supra* note 10 (approving a creeping DIP but providing that the DIP advances could not be used to repay pre-filing debts); *Bondfield Construction Company, Re*, 2019 ONSC 2310 (stating that "[s]ection 11.2(1) of the *CCAA* provides that a DIP lending charge may not secure an obligation that existed before the order was made. Accordingly, the proposed DIP Lending Charge will not secure any of the applicants' pre-filing obligations" at para 22).

46 *Pacific Shores Resort & Spa Ltd, Re*, 2011 BCSC 1775 at paras 48–49 [*Pacific Shores*]. See also *League Assets Corp, Re*, 2013 BCSC 2043 [*League Assets*] (which follows a similar approach at para 24).

47 *Pacific Shores*, *supra* note 46 at para 49.

48 *Ibid* at para 45.

49 *Ibid* at para 49.

eroded their security "in the same manner as DIP financing".[50] On the other hand, granting the DIP loan would allow the debtor to continue operating while maintaining its goodwill and enhancing values, benefits which "outweigh[ed] any potential prejudice" to the objecting creditors.[51]

In short, the early jurisprudence following the addition of section 11.2 adopted a fairly strict interpretation of the new provisions. There was no question that upon an application for DIP financing, the court was to apply section 11.2—without necessarily referring to the court's general power under section 11 or its inherent and equitable jurisdiction—and to consider carefully each of the factors in subsection 11.2(4) with reference to the facts of each case. In addition, it was clearly understood that the express language of subsection 11.2(1) prohibited rollups. As discussed below, recent cases have adopted a more relaxed interpretation of section 11.2, arguably eroding its substance.

2024 CanLIIDocs 2573

B. Emergence of Creeping and Rollup DIPs: Conflicting Approaches

Despite subsection 11.2(1)'s express prohibition on the use of DIP charges to secure pre-filing debts, *CCAA* courts have authorized the repayment of pre-filing debts in two types of cases. Firstly, in a "creeping" DIP, although the DIP loan itself can only be used to fund the debtor's restructuring, the debtor is nonetheless required to repay certain of its pre-filing debts to the DIP lender using the debtor's operational revenues. As Newbould J explained in *Performance Sports Group*, creeping DIPs comply with subsection 11.2(1):

> Section 11.2(1) of the *CCAA* provides that security for a DIP facility may not secure an obligation that existed before the order authorizing the security was made. The effect of this provision is that advances under a DIP facility may not be used to repay pre-filing obligations By requiring that the PSG Entities only use post-filing cash receipts to pay down the accrued balance

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

> under the revolving credit facility, the ABL DIP Lenders are in no better position with respect to the priority of their pre-filing debt relative to other creditors. I accept that no advances under the ABL DIP Facility will be used to pay pre-filing obligations and there has been inserted in the Initial Order a provision that expressly prevents that. The provision that receipts from operations of the PSG Entities post-filing may be used to pay down the existing ABL Facility is approved.[52]

Likewise, in *Comark*, the Ontario Superior Court of Justice approved a DIP facility where an express term of the facility was that it would not be used to repay pre-filing obligations, and those obligations would not be secured by the DIP charge.[53] Pre-filing obligations would only be repaid using the proceeds from the debtor's operations during the restructuring period.[54]

In the second category of cases, rollups, the DIP funds are used to repay some or all of the debtor's pre-filing debts. Such cases typically arise in the context of cross-border proceedings where the *CCAA* proceedings are ancillary to foreign main proceedings in a US bankruptcy court. For example, in the cross-border proceedings of *Hartford Computer*, Morawetz J (as he then was) granted recognition of the US court's orders in proceedings under Chapter 11 of the US Bankruptcy Code that authorized a "partial 'rollup'", pursuant to which the insolvent debtors would use part of the DIP loan to repay a pre-filing revolving credit facility.[55] Morawetz J noted that pursuant to section 49 of the *CCAA*, the court "may make any order that it considers appropriate, provided the court is satisfied that it is necessary for the protection of the debtor company's property or the interests

2024 CanLIIDocs 2573

---

52 *Performance Sports Group*, *supra* note 10 at para 22.

53 *Comark*, *supra* note 10 at paras 18–19.

54 *Ibid* at para 19. See also *Structured Solutions Inc c Gestion Rer inc*, 2015 QCCS 4114 (stating that "the interim financing charge cannot cover a pre-filing obligation, i.e. an obligation that exists before the initial order is made" at para 22).

55 *Hartford Computer*, *supra* note 11 at para 6.

of the creditor or creditors."[56] He concluded that the DIP loan was necessary to facilitate a successful restructuring, that there would "be no material prejudice to the Canadian creditors", and that the recognition order was not "contrary to public policy" within the meaning of subsection 61(2) of the *CCAA*.[57] Subsequently, in *Xinergy*, Newbould J acknowledged that the terms of the DIP loan granted by the US bankruptcy court would have violated subsection 11.2(1) in a domestic CCAA proceeding because the funds would be used to repay pre-filing debts but nonetheless authorized the loan:

> The authorization by the U.S. Court to use the proceeds of the DIP Facility to pay out the First Lien Loans, called a "rollup" provision, is not something that can be ordered in a *CCAA* proceeding as subsection 11.2(1) of the *CCAA* provides that DIP security may not secure an obligation that existed prior to an Initial Order. However, the issue is whether our Court should recognize the U.S. Court order authorizing that DIP facility under the principles of comity recognized in section 44 of Part IV of the *CCAA*.[58]

More recently, in *Re Toys "R" Us*, the Canadian subsidiary of Toys "R" Us Inc applied for *CCAA* protection following a Chapter 11 filing by its US parent company. Among other relief, the debtor

---

[56] *Ibid* at para 11. See also, more recently, *Diebold Nixdorf, Incorporated*, 2023 ONSC 4230 at para 43 [*Diebold*]:

> Although Section 11.2(1) of the CCAA precludes a Canadian court from making an order which secures an obligation that exists before the order is made, the situation is viewed differently by Canadian courts in the context of a foreign recognition proceeding. Section 49 of the CCAA permits a Canadian court, once it has recognized a foreign proceeding, to make any order that it considers appropriate if it is satisfied that the order is necessary for the protection of the debtor's property or the interests of its creditor or creditors.

[57] *Hartford Computer*, *supra* note 11 at paras 12–16.

[58] *Xinergy Ltd, Re*, 2015 ONSC 2692 at para 19 [*Xinergy*]. But see also *Horsehead Holding Corp, Re*, 2016 ONSC 958 [*Horsehead Holding*] (recognizing a rollup that had been authorized by the US bankruptcy court, but stipulating that a sufficient amount of the DIP loan must be set aside to fund the debtor's working capital requirements: "if in the interim period a request is made for further funding for working capital requirements . . . because not enough available cash was kept for that purpose, I would be extremely loathe to grant any such further relief" at paras 38–39).

2024 CanLIIDocs 2573

sought approval of a DIP lending facility that would be used, in part, to repay various pre-filing debts. Myers J noted that although DIP charges are fairly standard in *CCAA* restructurings, section 11.2 "makes it clear however, that security cannot be granted for pre-filing claims".[59] Nonetheless, he authorized the DIP charge on the basis that it would not improve the priority ranking of the DIP lenders' security interests because they already held first priority over all other pre-filing claims.[60] At the same time, Myers J declined to grant the DIP lenders' application to lift the *CCAA* stay of proceedings against them, noting that there was little risk of default by the Canadian debtor and that the DIP lenders were already receiving "$20 million in fees plus enhanced interest for a loan that is protected not only by equitable priority but by court-ordered security".[61]

The approach taken in cases such as *Hartford Computer*, *Xinergy,* and *Toys "R" Us* stands in contrast to the approach taken in wholly domestic proceedings such as *Medipure*.[62] In *Medipure*, the debtors sought approval of a DIP loan from a US-based lender, SHP Capital, LLC ("SHP").[63] Most of the DIP funds would be used to repay pre-filing debts, for which SHP would receive a super-priority charge ranking ahead of a previous DIP lender as well as a deemed trust in favour of the Canada Revenue Agency (CRA).[64] Walker J began by observing that the debtors were "in dire financial distress" and had no funds to meet their outstanding liabilities "let alone carry on business."[65] The debtors were also subject to a cease trade order issued by the BC Securities Commission for failing to meet ongoing filing

2024 CanLIIDocs 2573

59 *Toys "R" Us*, *supra* note 11 at para 10.

60 *Ibid* (finding that "[t]he court-ordered charge is not being used to improve the security of the pre-filing ABL lenders or to fill any gaps in their security coverage. In my view therefore, the takeout DIP is not prohibited by s. 11.2" at para 10).

61 *Ibid* at para 14.

62 *Medipure Pharmaceuticals Inc, (Re)*, 2022 BCSC 1771 [*Medipure*].

63 *Ibid*.

64 *Ibid* at para 1.

65 *Ibid* at para 5.

requirements.[66] Turning to the specific terms of the DIP loan, Walker J of the British Columbia Supreme Court noted that SHP was proposing to use approximately 60% of its loan "solely to pay out in full the amount owing under SHP's pre-filing secured loan", with interest of 15% per annum charged on the advance.[67] In addition, SHP requested the following key terms:

- an origination fee of 1.75% of the initial $1.4 million working capital advance, with interest charged at 8% per annum on all working capital advances;
- the right to submit a stalking horse bid to purchase the debtors' property; and
- termination of most of the debtors' employees.[68]

As the debtors were "entirely without funds" by the time of the application for approval of the DIP loan, SHP took the lead during the motion hearing.[69] During the hearing, SHP acknowledged that it wanted to acquire the debtors through a sales and investment solicitation process but stated that it would not provide the DIP loan unless it was granted a super-priority charge over all of the debtors' assets and its pre-filing claims were repaid in full.[70] SHP's main concern in structuring the terms of the DIP loan seemed to be how best to position itself in a bidding war for the debtors' assets.[71] SHP argued that if the DIP loan were not granted, then the debtors' assets would likely be "liquidated on a fire sale basis".[72] It further submitted that the Supreme Court of Canada's recent decision in *Canada North* confirmed that the supervising judge could exercise his section 11 power to grant super-priority to a DIP lender over the CRA's

66 *Ibid.*

67 *Ibid* at para 7.

68 *Ibid.*

69 *Ibid* at para 8.

70 *Ibid* at para 9. The DIP charge would have ranked ahead of all other secured claims except for administration charges and a charge for the Chief Restructuring Officer.

71 *Ibid.*

72 *Ibid* at para 11.

2024 CanLIIDocs 2573

deemed trust.[73] The CRA opposed the application on the basis that the terms of the proposed loan—in particular, the requirement that funds be used to repay pre-filing obligations—were "prohibited by s. 11.2 of the *CCAA*."[74]

Walker J agreed with SHP's submission that *Canada North* allowed *CCAA* judges to grant DIP charges that prime deemed trust claims, acknowledging that the *CCAA* confers "vast" power on supervising judges "to make orders appropriate in the circumstances where truly necessary".[75] However, Walker J dismissed the application on the basis that the terms of the proposed DIP loan violated the prohibition in subsection 11.2(1), concluding that "[t]he weight of the authorities interpreting s. 11.2(1) of the *CCAA* confirms that SHP's requirement that new money from the proposed DIP must pay out its pre-filing secured loan . . . is prohibited."[76] In reaching his decision, Walker J canvassed the jurisprudence on section 11.2. He began by noting that Parliament's intention was that subsection 11.2(1) only provide a super-priority charge for financing that is advanced to a debtor "during the period of distress, such that the DIP cannot 'cover' a pre-filing obligation".[77] Furthermore, although in various circumstances *CCAA* courts had authorized creeping DIPs—that is, the use of the debtor's operational receipts to repay pre-filing debts—section 11.2 expressly prohibited the use of DIP funds to pay pre-filing debts.[78] Walker J also noted that in the recent decision of *Mountain Equipment Co-Op*, Fitzpatrick J had approved a creeping DIP only where "she was satisfied that no secured creditor would be materially prejudiced since the charge preserved the pre-filing *status quo*".[79] To the extent that some cases had permitted rollups, such as *Toys "R" Us*, they did

2024 CanLIIDocs 2573

---

73 *Ibid*.

74 *Ibid* at para 12.

75 *Ibid* at para 42.

76 *Ibid* at para 48.

77 *Ibid* at para 50, citing *Structured Solutions*, *supra* note 54.

78 *Medipure*, *supra* note 62 at paras 50–52, citing *Performance Sports Group*, *supra* note 10 & *Comark*, *supra* note 10.

79 *Medipure*, *supra* note 62 at para 53–54, citing *Mountain Equipment Co-Operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 at para 54(e).

so only on the consent of all parties and were therefore distinguishable from *Medipure*.[80] As discussed earlier, even before the addition of section 11.2, courts were mindful that DIP charges are an extraordinary form of relief that should only be granted to the extent required to assist the debtor in its restructuring efforts and not to benefit some creditors while prejudicing others.[81] These are factors that a *CCAA* court must consider when asked to approve DIP financing in both domestic and cross-border proceedings.

It is worth considering whether the Court in *Medipure* might have approved the rollup if, hypothetically, the debtor had initiated main proceedings under Chapter 11 of the US Bankruptcy Code and obtained an order from the US court approving the rollup. In such a scenario, the debtor would have asked the Canadian court to recognize the rollup pursuant to section 49 in ancillary *CCAA* proceedings. However, it seems unlikely that the Court in *Medipure* would have authorized the rollup even in such circumstances, for several reasons. Firstly, in the cross-border proceedings of *Angiotech Pharmaceuticals* in 2011, the parties deliberately structured the DIP loan as a creeping DIP rather than a rollup so as to comply with subsection 11.2(1).[82] Based on *Angiotech*, the Court in *Medipure* might well have asked why the loan could not have been structured as a creeping DIP instead of a rollup. Secondly, and most importantly, the facts in *Medipure* were quite different from those in the cross-border cases discussed earlier. Specifically, in *Medipure*, the application for the DIP loan was opposed by at least two major creditors, and it appeared that the DIP lender, SHP, was attempting to use the terms of the DIP loan to enhance its

2024 CanLIIDocs 2573

---

80 *Medipure*, *supra* note 62 at para 70.

81 *Royal Oak Mines*, *supra* note 6 at para 24.

82 *Angiotech Pharmaceuticals, Inc (Re)*, 2011 BCSC 450. The parties were concerned that even though the rollup was permitted under Chapter 11, it would have been rejected by the Canadian court. See Weil, Gotshal & Manges LLP, "Creeping Rollups: Repaying Pre-Petition Secured Debt Under the *CCAA* Under a DIP Facility" (21 May 2011), online: <restructuring.weil.com/north-of-the-border-update/creeping-rollups-repaying-pre-petition-secured-debt-under-the-*CCAA*-under-a-dip-facility>.

position as a potential purchaser of the debtor's assets. By contrast, in *Toys "R" Us*, the debtor's creditors consented to the terms of the rollup, and there was no suggestion that the DIP lenders were attempting to take control of the restructuring process for their own benefit. As Myers J stated, "[t]here do not appear to be any terms that provide incentives for the DIP lenders to try to execute loan-to-own or other strategies to somehow extract more value than is made available in fees and interest on the face of the DIP loan documents".[83] Ultimately, in *Toys "R" Us*, the insolvent US parent company was able to sell Toys "R" Us Canada to Fairfax Financial for $300 million,[84] a result that clearly benefitted the creditors as a whole by preventing the failure of "Canada's leading retailer of toys and baby products" and preserving a profitable business.[85]

Put another way, even an expansive interpretation of section 49 of the *CCAA* likely would not support the approval of a rollup on facts such as those in *Medipure*, where the terms of the rollup would have benefitted the DIP lender at the expense of the debtor and its other creditors. Here, it is helpful to consider the role of section 49 within the broader scheme of the Act. Section 49 falls under Part IV of the *CCAA*, which sets out procedures for recognizing insolvency proceedings that are being carried out in foreign jurisdictions. Part IV is the *CCAA*'s version of the *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, which was designed to facilitate cross-border insolvencies:

> [The Model Law] respects the differences among national procedural laws and focuses on authorizing and encouraging cooperation and coordination between jurisdictions rather than

2024 CanLIIDocs 2573

---

83 *Toys "R" Us*, *supra* note 11 at para 11.

84 Armina Ligaya, "Fairfax eyeing some U.S. stores after Toys 'R' Us Canada purchase", *CTV News* (26 April 2018), online: <ctvnews.ca/business/Fairfax-eyeing-some-u-s-stores-after-toys-r-us-canada-purchase-1.3903661?cache=>.

85 Notably, Toys "R" Us Canada was "generally cash flow positive" and only filed for *CCAA* protection because its assets formed part of the collateral for loans on which the US parent company had defaulted, thus leaving the Canadian subsidiary "without borrowing facilities and within two weeks of being unable to meet its obligations as they come due": *Toys "R" Us*, *supra* note 11 at para 5.

attempting the unification of substantive insolvency law. It sets out rules that govern:

- access by foreign insolvency representatives and foreign creditors to courts in the enacting jurisdictions;
- recognition by courts in the enacting jurisdictions of foreign insolvency proceedings;
- relief, including staying actions against the debtor in the enacting jurisdiction and the enforcement of foreign insolvency orders by the courts of the enacting jurisdictions; and
- cooperation and coordination between courts. [86]

Part IV is premised upon comity, that is, the principle according to which one nation will recognize "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".[87] In the *CCAA* context, courts have acknowledged the value of comity and cooperation in promoting "efficiency, certainty and consistency" in restructuring.[88] In general, *CCAA* courts have adopted an approach known as "modified universalism" in which they seek to promote comity in cross-border proceedings while operating within the constraints of domestic public policy and retaining their independent authority.[89] For example, in *Voyager Digital*, Kimmel J acknowledged "the importance of comity and cooperation in cross border insolvency proceedings" and "the need for consistency and fair treatment of all creditors across multiple

2024 CanLIIDocs 2573

---

86 Ben-Ishai & Telfer, *supra* note 3 at 774; United Nations Commission on International Trade Law, "UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency" (30 May 1997), online: <uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency>.

87 *Morguard Investments Ltd v De Savoye*, [1990] 3 SCR 1077 at 1096, 1990 CanLII 29 (SCC), citing *Hilton v Guyot*, 159 US 113 (1895) at 163–64.

88 *Babcock & Wilcox Canada Ltd, Re*, 2000 CanLII 22482 at paras 9–10 (ONSC).

89 Jane Dietrich & Michelle Pickett, "Stranger Things: Recent Developments in Recognition Proceedings" (2023) 12 J Insolvency Inst Can 155. See also Ben-Ishai & Telfer, *supra* note 3 at 771.

jurisdictions under a single proceeding model."[90] Importantly, however, the Canadian approach does not require courts to recognize foreign orders that violate Canadian law. As Fitzpatrick J emphasized in *Veris Gold*, although comity is "a factor in terms of promoting cooperation . . . and encouraging a fair and efficient administration of cross-border insolvency proceedings", the Court must still "apply Canadian law".[91]

Given the foregoing, one might ask whether section 49 provides an adequate basis for authorizing rollups in cross-border cases despite the prohibition in subsection 11.2(1). Put another way, how can *CCAA* courts in cases such as *Hartford Computer* and *Xinergy* be said to have been "applying Canadian law" when they approved rollups? One explanation may be that although the rollups in those cases violated the strict language of subsection 11.2(1), no creditors were materially prejudiced by the rollups, and the DIP loans facilitated successful restructurings. As such, the underlying principles of DIP financing as first articulated in *Royal Oak Mines* were upheld because all creditors were given a "reasonable opportunity to think about [the] potential impact" of the DIP loans and to consider whether they would be materially prejudiced or not.[92] As discussed below, this explanation is consistent with the Supreme Court of Canada's recent decisions in *Callidus* and *Canada North*, which reaffirmed that a *CCAA* court's authority to grant DIP charges ultimately is derived from the court's general power under section 11 to make any order that it deems appropriate in the circumstances, rather than from section 11.2.

C. *CALLIDUS* AND *CANADA NORTH*: MISSED OPPORTUNITIES TO CLARIFY THE ROLE OF SECTION 11.2?

The Supreme Court of Canada had the opportunity to interpret and apply section 11.2 in different scenarios in two recent cases.

---

[90] *In the Matter of Voyager Digital Ltd*, 2022 ONSC 4553 at paras 9, 12, citing *Hollander Sleep Products, LLC (Re)*, 2019 ONSC 3238 at para 42 & *Century Services*, *supra* note 5 at para 22.

[91] *Veris Gold Corp (Re)*, 2015 BCSC 399 at para 74 [*Veris Gold*].

[92] *Royal Oak Mines*, *supra* note 6 at para 24.

2024 CanLIIDocs 2573

In *Callidus*, the Supreme Court addressed the question of whether third party litigation funding could be approved as DIP financing under section 11.2.[93] In determining that litigation funding could qualify as DIP financing, the Supreme Court stated that DIP financing "at its core enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets".[94] Although super-priority charges subordinate the interests of other secured creditors, this is a trade-off that Parliament accepted when it enacted section 11.2, as super-priority charges reduce risk for DIP lenders and incentivize them to lend to insolvent corporations, thus furthering the remedial objectives of the *CCAA*.[95] In particular, the Supreme Court stated that whether DIP financing should be approved "is a question that the supervising judge is best-placed to answer".[96] In this regard, the factors listed in subsection 11.2(4) help guide the supervising judge's exercise of discretion.[97] However, since section 11.2 "largely codifies" the approaches taken by *CCAA* courts prior to 2009, "guidance may be drawn from the pre-codification interim financing jurisprudence" as well.[98] DIP financing therefore remains "a flexible tool that may take different forms or attract different considerations in each case."[99] Ultimately, as Virginia Torrie notes, *Callidus* "provides clarity that, in spite of amendments which have codified certain practices under the Act, the CCAA continues to afford a large measure of discretion to judges to supervise restructuring and liquidation efforts".[100]

2024 CanLIIDocs 2573

---

93 *Callidus*, *supra* note 12.

94 *Ibid* at para 85.

95 *Ibid* at para 89.

96 *Ibid* at para 90.

97 *Ibid*.

98 *Ibid* at para 91. The Supreme Court acknowledged that prior to 2009, courts had been approving interim financing pursuant to their general power under s 11.

99 *Ibid* at para 92.

100 Virginia Torrie, "Implications of the *Bluberi* Decision: An Affirmation of Broad Judicial Discretion in *CCAA* and a 'Green Light' for Litigation Funding in Canada" (2021) 36:2 BFLR 277 at 289.

Subsequently, in a 5-4 decision in *Canada North*,[101] the Supreme Court held that a DIP charge over the insolvent debtor's property ranked ahead in priority of a statutory deemed trust created by subsection 227(4.1) of the *Income Tax Act* for unremitted source deductions.[102] Per Côté J (writing for Wagner CJC and Kasirer J), it was unnecessary to determine whether the supervising judge's order was authorized by section 11.2 specifically, as it was within the judge's discretion to prime the *ITA* deemed trust by exercising her general power under section 11 of the *CCAA*:

> I do not need to definitively determine if Her Majesty falls within the definition of "secured creditor" under the *CCAA* by virtue of Her trust. Instead, I would ground the supervising court's power in s. 11, which "permits courts to create priming charges that are not specifically provided for in the *CCAA*" (p. 98). I respectfully disagree with the suggestion of my colleagues Brown and Rowe JJ. that Professor Wood or any other author has suggested that s. 11 is limited by the specific provisions that follow it (para. 228). To the contrary, this Court said in *Century Services*, at paras. 68-70, that s. 11 provides a very broad jurisdiction that is not restricted by the availability of more specific orders.[103]

Likewise, Karakatsanis and Martin JJ, concurring in the result, held that section 11 empowers a supervising judge to order a super-priority charge ahead of all other interests where interim financing cannot be obtained otherwise, and where the financing is necessary to further the remedial objectives of the Act.[104] A majority of the Supreme Court therefore clearly rejected the assertion of Brown and Rowe JJ that section 11.2 operated as an internal limitation on the *CCAA* judge's discretionary authority to grant super-priority charges under section 11.[105] As Roderick Wood notes, the Supreme Court "endorsed a view that gives the supervising court a much greater latitude than that envisaged in

---

101 *Canada North*, *supra* note 13.

102 RSC 1985, c 1 (5th Supp) [*ITA*].

103 *Canada North*, *supra* note 13 at para 70.

104 *Ibid* at para 174.

105 *Ibid* at para 70.

2024 CanLIIDocs 2573

the Brown and Rowe dissent".[106] Notably, the majority's view is consistent with a preponderance of the *CCAA* jurisprudence, which holds that courts may "make orders under section 11 even though the matter is addressed by a specific statutory provision".[107]

D. Conclusions Regarding DIP Financing Jurisprudence

Notwithstanding their other virtues, the *Callidus* and *Canada North* decisions may have been missed opportunities for the Supreme Court to clarify the role of section 11.2 in both domestic and cross-border proceedings. In *Callidus*, the supervising judge did not even mention the factors listed in subsection 11.2(4) when deciding to authorize the DIP loan. Although the Supreme Court of Canada was at pains to state that the supervising judge must have been aware of and considered the key facts relevant to the subsection 11.2(4) factors in reaching his decision, it nonetheless acknowledged that he "did not canvass each of the factors . . . individually".[108] In light of earlier cases such as *Canwest*, *Pacific Shores*, and *Timminco* that carefully applied each of the subsection 11.2(4) factors, the supervising judge's approach in *Callidus* was unusual. Yet the Supreme Court's statement that the supervising judge's failure to consider and apply subsection 11.2(4) "was not itself an error" suggests that section 11.2 is not restrictive and that supervising judges will still have recourse to their general power under section 11 when considering whether to approve DIP financing.[109] This interpretation was confirmed by the majority in *Canada North*.[110] Put another way, as the Québec Superior Court stated in *White*

2024 CanLIIDocs 2573

---

106 Roderick J Wood, "Going with the Flow: *Canada v. Canada North Group Inc.*" (2022) 65:3 Can Bus LJ 353 at 366 [Wood, "Going with the Flow"].

107 *Ibid.*

108 *Callidus*, *supra* note 12 at para 106. See also Janis Sarra, "Brueghel's Brush: A Portrait of the *CCAA*" (2020) 64:1 Can Bus LJ 72 at 92.

109 *Callidus*, *supra* note 12 at 106.

110 *Canada North*, *supra* note 13 (stating "[a]s discussed above, a supervising court's authority to order super-priority charges is grounded in its broad discretionary power under s. 11 of the *CCAA* and also in the more specific grants of authority under ss. 11.2, 11.4, 11.51 and 11.52" at para 70).

Birch, the factors in subsection 11.2(4) are "neither mandatory nor limitative", and courts "need not consider all of the said criteria".[111]

Arguably, the foregoing interpretation neuters section 11.2, raising the question of what purpose the section serves, and undermining Parliament's goal of providing guidance to courts on DIP financing applications. This concern was pointed up in the recent case of *Port Capital Development*.[112] In that case, the *CCAA* debtor received a conditional offer to purchase its assets from an entity controlled by one of the debtor's directors.[113] Pursuant to the terms of the purchase offer, the parties sought approval of a DIP loan under section 11, which they hoped would give the debtor time to secure new financing in order to complete a major construction project:

> 129 does not seek court approval pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*, being the express statutory provision that allows this Court to approve interim financing in *CCAA* proceedings and grant priority over existing secured creditors, such as 129 (on behalf of the Petitioners) proposes here. Further, the Petitioners are not the entities arranging this refinancing and seeking court approval of it. This is an outside party (129) that seeks to refinance the debt. Section 11.2(1) specifically provides that the debtor company may apply for interim financing.[114]

The British Columbia Supreme Court declined to approve the DIP loan, but the Court of Appeal reversed this decision and approved the DIP loan pursuant to section 11, without applying section 11.2.[115] The Court of Appeal stated that section 11.2 merely codified the authority of *CCAA* courts to approve DIP financing:

> Court approval of interim financing is a more obvious example of the evolution of the court's jurisdiction under the *Act* in accord

---

111 *White Birch Paper Holdings Co, Re*, 2010 QCCS 1176 at para 35 [*White Birch*].

112 *Port Capital Development (EV) Inc (Re)*, 2021 BCSC 1272 [*Port Capital Development* SC].

113 *Ibid* at para 28.

114 *Ibid* at para 66.

115 *Port Capital Development (EV) Inc v 1296371 BC Ltd*, 2021 BCCA 382 at paras 77–86.

2024 CanLIIDocs 2573

> with its broadening objectives: even *prior to the enactment of* s. 11.2 *in 2009*, courts regularly approved such financing as a necessary part of facilitating restructurings aimed at continuing the debtor's business as a going concern while more permanent solutions were sought.[116]

While technically correct, the Court of Appeal's analysis may have missed the point that on the facts of the case, the *CCAA* supervising judge was not satisfied that the DIP loan would enhance the prospects of a viable restructuring.[117] Furthermore, the supervising judge found that the plan to obtain new construction financing in order to repay the DIP loan was "speculative at best."[118] Based on these factual findings, and setting aside that the parties did not directly address the factors in subsection 11.2(4), the supervising judge still would not have exercised her general power under section 11 to authorize the DIP loan.[119]

In the wake of *Callidus* and *Canada North*, it is worth asking whether references to the *CCAA* court's general power under section 11 have simply taken the place of references to inherent and equitable jurisdiction that were once commonplace in the jurisprudence. In the past, when the *CCAA* was still a skeletal statute,[120] supervising judges regularly invoked their inherent and equitable jurisdiction so as to fill gaps in the legislation.[121] However, this approach led to controversy and raised questions regarding both the sources and limits of a *CCAA* court's authority.[122] As Richard Jones has observed, an expansive view of inherent jurisdiction could lead to decisions that appeared

2024 CanLIIDocs 2573

---

116 *Ibid* at para 61 [emphasis in original].

117 This was in part because the parties did not submit any evidence to support such a finding. See *Port Capital Development* SC, *supra* note 112 at para 70.

118 *Ibid* at para 89.

119 *Ibid* at para 92.

120 *Century Services*, *supra* note 5 at para 57.

121 *Ibid* (asserting that "[i]n 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" at para 64).

122 *Ibid* at paras 61–63.

arbitrary, straining conventional conceptions of the rule of law and eroding public confidence in the integrity of the restructuring system.[123] Accordingly, there are good reasons to think that inherent jurisdiction should be "substantially limited to the power of the court to control its own proceedings . . . [and] is not a source of jurisdiction of the court to exercise substantive powers to add to or extend powers specifically granted by legislation".[124] Thus, as the Supreme Court explained in *Century Services*, the preferred approach to decision making in modern *CCAA* proceedings is "a hierarchical one in which courts first rely 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".[125]

The Supreme Court reaffirmed this "hierarchical" approach in *Callidus*.[126] Furthermore, although both *Callidus* and *Canada North* emphasized the importance of a *CCAA* judge's discretion under section 11, these decisions also acknowledged that such discretion "is not boundless" and must be exercised only "in furtherance of the remedial objectives of the *CCAA*".[127] These statements also echo the Supreme Court's earlier decision in *Century Services*. *Century Services* held that the availability of orders under more specific provisions of the *CCAA* should not be read as a limitation on the general power granted by section 11 and encouraged courts to be "mindful that chances for successful reorganizations are enhanced where participants achieve

2024 CanLIIDocs 2573

---

123 Richard B Jones, "The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law" [2005] Annual Rev Insolvency L 481 (stating that "[t]he rapid development of Canadian insolvency restructuring practice and some of its current trends give rise to concerns as to whether such proceedings always conform to established principles of the Rule of Law both procedurally and substantively" at 520)

124 *Ibid* at 515, citing *Stelco*, *supra* note 25.

125 *Century Services*, *supra* note 5 at para 65, citing Madam Justice Georgina R Jackson & Janis Sarra, "Selecting the Judicial Tool to Get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters" [2007] Annual Rev Insolvency L 41.

126 *Callidus*, *supra* note 12 at para 65.

127 *Callidus*, *supra* note 12 at para 49. See also *Canada North*, *supra* note 13 at para 170, Karakatsanis J concurring.

common ground and all stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit".[128] This consideration is part of the "baseline consideration" of appropriateness which must inform a *CCAA* judge's exercise of her discretion under section 11.[129]

Writing in dissent in *Canada North*, Brown and Rowe JJ stated that "[n]either s. 11 nor the court's inherent jurisdiction can 'empower a judge . . . to make an order negating the unambiguous expression of the legislative will'".[130] In their view, although section 11 can serve as a source of general authority even when other more specific provisions are available, it cannot be a "source of unfettered authority to circumvent . . . unambiguous restrictions".[131] Intuitively, this seems to be the only interpretation of section 11 that preserves the substance of other provisions of the Act, such as section 11.2. Yet, the majority did not adopt this interpretation of section 11 in *Canada North*.[132]

On its face, the majority's interpretation in *Canada North* may not square with the statement that the exercise of discretionary authority under section 11 must be informed by the "baseline requirements of appropriateness, good faith and due diligence".[133] It is axiomatic that a party cannot apply, in good faith, for relief that violates the Act itself. Canadian courts have declined to grant such relief in various contexts. In *Target*, for example, Morawetz RSJ (as he then was) refused to permit the filing of a *CCAA* plan that proposed to violate the terms of an earlier court order.[134] Specifically, certain landlords of Target Canada had agreed not to oppose its proposed liquidation under the *CCAA*, and not to seek enforcement of guarantees given by Target's US parent company to the landlords, provided that those

2024 CanLIIDocs 2573

128 *Century Services*, *supra* note 5 at para 70.

129 *Ibid.*

130 *Canada North*, *supra* note 13 at para 228.

131 *Ibid.*

132 *Ibid* at paras 70–72, 228–230.

133 *Ibid* at para 21, citing *Century Services*, *supra* note 5 at paras 69–70. See also *Callidus*, *supra* note 12 at paras 49, 70.

134 *Target Canada Co (Re)*, 2016 ONSC 316 [*Target*].

guarantees would be unaffected by the restructuring. This agreement was enshrined in the Court's amended initial order granting Target protection under the *CCAA*. Subsequently, however, the debtor proposed a restructuring plan that involved releasing its US parent company from those same guarantees, thereby reneging on the agreement and changing the terms of the Court's previous order. Morawetz RSJ stated that the restructuring plan could not even be submitted for a creditor vote, as it was impossible for the Court to sanction the plan as fair and reasonable:

> The *CCAA* process is one of building blocks. In [these] proceedings, a stay has been granted and a plan developed. During these proceedings, this court has made a number of orders. It is essential that court orders made during *CCAA* proceedings be respected. In this case, the Amended Restated Order was an order that was heavily negotiated by sophisticated parties. They knew that they were entering into binding agreements supported by binding orders. Certain parties now wish to restate the terms of the negotiated orders. Such a development would run counter to the building block approach underlying these proceedings since the outset. . . .
>
> It cannot be fair and reasonable to ignore post-filing agreements concerning the *CCAA* process after they have been relied upon by counter-parties or to rescind consent orders of the court without grounds to do so.[135]

In a similar vein, Pepall J (as she then was) held in *Ventas* that "a proposal made in breach of a contractual obligation not to make such a proposal cannot be considered to be bona fide".[136] In that case, Sunrise REIT held an auction process for the sale of its assets. One of the bidders, Health Care Property Investors, Inc (HCPI), withdrew from the auction process in the second round, and did not submit a bid at that time. Subsequently, after it

---

[135] *Ibid* at paras 81, 85.

[136] *Ventas Inc v Sunrise Senior Living Real Estate Investment Trust*, 2007 CanLII 8934 at para 37 (ONSC) [*Ventas* SC], aff'd, 2007 ONCA 205 [*Ventas* CA]. It should be noted that the target in *Ventas* was solvent—the point here is simply that a party cannot be said to act in good faith when it violates its contractual or statutory obligations.

2024 CanLIIDocs 2573

learned the terms of the only bid that had been submitted prior to the deadline, HCPI submitted a late "top-up" bid.[137] One of the requirements of the auction process, to which all bidders were contractually bound, was that bids needed to be "bona fide". HCPI's late bid could not be considered "bona fide" because it violated the terms of the auction process itself, and it was therefore rejected.[138]

An overly expansive interpretation of section 11 may also be inconsistent with Parliament's addition of several new provisions to the Act in 2019. Firstly, Parliament added section 11.001, which provides that any order made under section 11 as part of an initial order granting *CCAA* protection "shall be limited to relief that is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business" during the period of the initial stay of proceedings.[139] Secondly, Parliament added subsection 11.2(5), which provides that where an application for DIP financing is made as part of the initial application for *CCAA* protection, "no order shall be made . . . unless the court is also satisfied that the terms of the loan are limited to what is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business" during the period of the initial stay.[140] Unfortunately, *Canada North* made no mention of these provisions, while *Callidus* mentioned subsection 11.2(5) in a footnote, stating simply that "it may [restrict] the ability of supervising judges" to approve different forms of DIP financing when granting the initial order for *CCAA* protection.[141]

2024 CanLIIDocs 2573

---

137 *Ventas* CA, *supra* 136 at para 3.

138 *Ventas* SC, *supra* note 136 at para 37. See also Jassmine Girgis, "A Generalized Duty of Good Faith in Insolvency Proceedings: Effective or Meaningless?" (2020) 64:1 Can Bus LJ 98 at 117.

139 *CCAA*, *supra* note 2, s 11.001. See Sarra, *supra* note 108 (explaining that this provision was intended to prevent overreaching orders from "steering the debtor company to liquidation or sale before any negotiations were conducted" and to enhance the participation of all stakeholders at 81).

140 *Ibid*, s 11.2(5).

141 *Callidus*, *supra* note 12 at para 87, n 5.

On the other hand, the 2019 amendments largely reflect the principles underlying DIP financing that had been articulated in the jurisprudence already, a fact of which the Supreme Court of Canada was certainly aware when it rendered its decisions in *Callidus* and *Canada North*. As Fitzpatrick J noted in *Miniso International*, Parliament's intention to restrict the scope of relief granted on initial applications through section 11.001 and subsection 11.2(5) is consistent with the earliest cases on DIP financing.[142] More specifically, the restrictions set out in section 11.001 and subsections 11.2(1) and 11.2(5) are designed to protect the *CCAA* debtor's creditors as a group by ensuring that the extraordinary remedy of a DIP charge, granted through an interim order, does not result in permanent material prejudice to creditors unless it is necessary for the restructuring. These new sections also further one of the key purposes of subsection 11.2(1), namely, preserving the pre-insolvency status quo among the creditors of the insolvent debtor to the extent possible.[143] Viewed in these terms, the conflict between cases such as *Medipure* and *Toys "R" Us* is perhaps less stark than it might appear at first glance. As a factual matter, the affected creditors in *Toys "R" Us* supported the DIP loan application and ultimately benefitted after the debtor had resolved its liquidity crisis through the restructuring process. This practical outcome highlights the potential benefits of the more flexible interpretation of section 11.2 that the Supreme Court adopted in *Callidus* and *Canada North*. The alternative approach, as articulated in the dissent of Brown and Rowe JJ in *Canada North*, is that section 11.2 operates as an internal restriction on the *CCAA* judge's section 11 power. Had the Court adopted this more restrictive view in *Toys "R" Us*, it would have been forced to reject the DIP loan application, likely leading to a failure of the restructuring and suboptimal outcomes for all participants. In this sense, adhering to the strict language of section 11.2 may be less important than fulfilling the underlying purpose of

[142] *Miniso International supra* note 4 at para 80, citing *Royal Oak Mines*, *supra* note 6 at para 24.

[143] *Performance Sports Group*, *supra* note 10 at para 22; *Comark*, *supra* note 10 at para 40; *Mountain Equipment Co-op*, *supra* note 79 at para 54(e).

2024 CanLIIDocs 2573

protecting creditors by ensuring that the extraordinary remedy of DIP financing does not permanently alter their rights without giving them due consideration.[144]

E. Implications for Canadian Insolvency Law and Reform Recommendations

The value of the flexible approach to DIP financing that the Supreme Court of Canada adopted in *Callidus* and *Canada North* must be balanced against the attendant risks to creditors' rights. These sorts of risks were apparent in *Medipure*, where they factored into the supervising judge's decision to reject the DIP financing application, and they have been recognized in other jurisdictions, as well. In the United States, for example, section 364 of Chapter 11 permits a bankruptcy court to authorize DIP charges that prime all other secured claims. Section 364 has been the subject of extensive debate among academics and practitioners, particularly in respect of rollups.[145] Various

2024 CanLIIDocs 2573

---

[144] It is possible, and perhaps preferable, to read *Canada North* more narrowly. For example, in their concurring reasons, Karakatsanis and Martin JJ stated the following in the *Canada North* judgment, *supra* note 13 at para 176 [emphasis in original]:

> While I agree that s. 11 is restricted by the provisions set out in the *CCAA* and cannot be used to violate specific provisions in the Act, s 11 is not "restricted by the availability of more specific orders". The fact that specific provisions of the *CCAA* allow the court to rank priming charges ahead of a secured creditor does not mean that the court can *only* rank priming charges ahead of a secured creditor. Such an interpretation would amount to reading words into ss. 11.2, 11.51 and 11.52 that do not exist.

On this interpretation, courts are empowered by s 11 to grant super-priority charges over the interests of parties that are not "secured creditors"—such as the beneficiaries of deemed trusts—but not to authorize DIP charges on terms that violate the express language of s 11.2, e.g. the prohibition in s 11.2(1) on charges that secure pre-filing obligations. We might infer from Côté J's comments at para 21 of *Canada North* that the majority agreed with Karakatsanis and Martin JJ on this point, but unfortunately, the precise role of s 11.2 and its relationship to ss 11 and 49 was not addressed in *Canada North*.

[145] American Bankruptcy Institute, *ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11: Final Report and Recommendations*, 2015 (Virginia: America Bankruptcy Institute, 2015) at 74–75, online: <commission.abi.org/full-report>.

commentators have noted that distressed debt investing has created "uncertainty and unease" in Chapter 11 proceedings, with some distressed debt investors "vying for control of the debtor, at the expense of the debtor and its other stakeholders."[146] Significantly, following a three-year study of Chapter 11 by leading academics and practitioners, the American Bankruptcy Institute's Commission to Study the Reform of Chapter 11 recommended that courts:

> [S]hould not approve any proposed postpetition financing under section 364 of the Bankruptcy Code that contains a provision to roll up prepetition debt into the postpetition facility or to pay down prepetition debt in part or in full with proceeds of the postpetition facility . . .[147]

The Commission explained that while a balance must be struck between incentivizing DIP lenders to extend credit and protecting the debtor's other creditors, rollups create various opportunities for abuse, particularly where the "new credit" being extended by the DIP lender is nominal compared to the amount of the pre-filing debts that are being rolled up into the facility.[148]

Although subsection 11.2(1) of the *CCAA* prohibits charges that secure pre-filing obligations, it is clear from the jurisprudence that this prohibition does not apply to creeping DIPs, and, arguably, it may not apply to rollups that are approved pursuant to section 11. Nor does section 11.2 apply in cross-border restructurings where the *CCAA* proceedings are ancillary to foreign main proceedings—in such cases, section 49 permits the *CCAA* court to recognize a rollup that has been authorized by the foreign court.[149] It may be time for Parliament to address these wrinkles by amending the foregoing sections to

---

[146] Michelle M Harner, "Trends in Distressed Debt Investing: An Empirical Study of Investors' Objectives" (2008) 16:1 Am Bankr Inst L Rev 69 at 71–72. See also Harvey R Miller, "Chapter 11 Reorganization Cases and the Delaware Myth" (2002) 55:6 Vand L Rev 1987 at 2016.

[147] American Bankruptcy Institute, *supra* note 145 at 73.

[148] *Ibid* at 77–78.

[149] See especially *Diebold*, *supra* note 56.

2024 CanLIIDocs 2573

clarify that section 11.2 operates as an internal limitation on section 11, section 49, or both. Alternatively, Parliament could clarify that where the requirements of section 11.2 are not met, courts should only rely upon section 11 or section 49 to authorize DIP financing in exceptional circumstances and that any initial or interim orders granting such relief should not result in permanent alterations of the affected creditors' rights without their express consent, as reflected in a formal plan of arrangement or its equivalent under foreign law. Such amendments would help to balance the need for flexibility in restructuring proceedings with the need to protect creditors, as well as the integrity of the restructuring process.

It may be overly optimistic to expect that Parliament will intervene soon, but intervention is both necessary and appropriate. As Wood observes, the historic failure of comprehensive insolvency law reform in the 1980s has led to a piecemeal and haphazard insolvency law reform process in Canada:

> Piecemeal insolvency law reform produces a loss of coherence because the reform centres on the creation of a particular provision designed to address a specific problem. This focus on the immediate often results in a failure to consider how the new element interacts with other elements of the system. The benefit of comprehensive insolvency law reforms is that there is an opportunity to consider the proper integration of all the elements of the insolvency system.[150]

The 2009 reform process which introduced section 11.2 is instructive. Already a relatively modest project compared to the comprehensive reform efforts that had failed in the 1980s, the 2009 reform process was dogged by political headwinds, such that the final text of the legislation suffered from hurried drafting and never received the more fulsome review that the Senate Committee had envisioned.[151] In the result, Parliament left it to

[150] Wood, "Going with the Flow", *supra* note 106 at 372.

[151] See Thomas GW Telfer, "Canadian Insolvency Law Reform and 'Our Bankrupt Legislative Process'" [2010] Annual Rev Insolvency L 583 at 587–91; Jacob S Ziegel, "New and Old Challenges in Approaching Phase

2024 CanLIIDocs 2573

the courts to determine how to interpret the new *CCAA* provisions and reconcile them with the existing jurisprudence. This reliance on judicial discretion as a substitute for deliberation and policymaking by Parliament has led to a hodgepodge of decisions not only with respect to DIP financing but also asset sales and the powers of Monitors, among other key features of the modern *CCAA* regime.[152] Accordingly, although a systematic overhaul of Canadian insolvency law should not be undertaken lightly, the alternative is to continue to "muddle through an increasingly complex and incoherent insolvency system where repeated trips to the highest court are the order of the day".[153]

In the meantime, *CCAA* supervising judges must guard against aggressive DIP lenders who attempt to use the terms of DIP loans to steer the restructuring process in their favour at the expense of the debtor and its other creditors. Courts must ensure that affected parties have a reasonable opportunity to consider the effects of any proposed DIP loan, and if necessary, present alternatives. This includes ensuring that parties receive adequate advance notice of proposals that could alter their property rights and security positions. Relatedly, courts should be mindful that the *CCAA* was designed as a creditor remedy[154] and that the chances for successful restructurings are enhanced by broad

2024 CanLIIDocs 2573

Three Amendments to Canada's Commercial Insolvency Laws" (2002) 37:1 Can Bus LJ 75 at 76; Nocilla, *supra* note 17 at 84–85, 101.

152 After decades of piecemeal reforms, the problem has become pervasive. See e.g. Alfonso Nocilla, "Asset Sales under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36" (2012) 52:2 Can Bus LJ 226 (arguing that s 36 fails to provide substantive guidance to courts on whether to approve asset sales at 243–44); Vern W DaRe & Alfonso Nocilla, "Bestriding the Narrow World: Is It Time to Bifurcate the Role of the *CCAA* Monitor?" [2020] Annual Rev Insolvency L 261 (arguing that, for better or worse, *CCAA* courts can still rely on s 11 as well as their inherent and equitable jurisdiction to delegate additional powers to monitors, even where the requirements of the applicable provision, s 23(1), have not been met).

153 Wood, "Going with the Flow", *supra* note 106 at 373.

154 Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A History of the Companies' Creditors Arrangement Act* (Toronto: University of Toronto Press, 2020) at 48–49.

creditor participation in the process.[155] The whole structure of the Act is "geared towards the development of a plan of arrangement that will be presented before the creditors for their acceptance or rejection".[156] At critical junctures in *CCAA* proceedings, it is often key creditors, rather than the debtor, who are driving the process. In some cases, *CCAA* plans have been entirely creditor-led. For example, in *Nelson Financial*, the debtor had sold some $80 million of promissory notes and preferred shares to the public, of which $37 million remained outstanding at the time of the debtor's *CCAA* filing.[157] Although incumbent management remained in place initially, it became apparent that management had "committed a number of wrongful and fraudulent acts".[158] The creditors established an advisory committee and appointed representative counsel, who then obtained an order replacing incumbent management with an interim operating officer with "full powers as the Chief Executive Officer and . . . particular authority to review the circumstances of the debtor company and its assets and, if practicable, to develop a plan for its restructuring".[159] The interim operating officer then developed a formal plan of arrangement upon which the creditors as a whole "voted overwhelmingly in favour" and which received court approval approximately one year after the initial *CCAA* filing.[160] Over a decade after implementation of the plan, the creditors have been made whole and the restructured business continues to operate.[161] *Nelson Financial* illustrates the potential benefits of the *CCAA*'s flexibility and of broad creditor participation in the process. The case also reflects the value of the procedures established by the Act for negotiating, developing, and voting on a formal plan of arrangement to be submitted for

2024 CanLIIDocs 2573

---

155 *Century Services*, *supra* note 5 at para 70.

156 Wood, "Rescue and Liquidation", *supra* note 16 at 410.

157 *Nelson Financial Group Ltd (Re)*, 2011 ONSC 2750 at para 5 [*Nelson Financial*].

158 *Ibid* at para 24.

159 *Ibid* at paras 10–11.

160 *Ibid* at paras 36–39.

161 Nelson Finance, "Home Page", online: <nelsonfinance.ca/>.

the court's review and sanction. These procedures offer opportunities for parties to consider proposed changes to their pre-insolvency entitlements and can—together with the supervising judge, assisted by the Monitor— act as a check on an aggressive creditor that may seek to control the restructuring process for its own benefit.

IV. CONCLUSION

> *". . . to long after things forbidden, and to desire what is denied us."*[162]

An examination of the jurisprudence shows that the specific language of section 11.2 does not fully and accurately reflect current *CCAA* practice. In particular, although section 11.2 sets out a test for court approval of DIP financing, the Supreme Court of Canada's decisions in *Callidus* and *Canada North* make it clear that section 11.2 does not necessarily limit a *CCAA* judge's broad power under section 11. The upshot is that *CCAA* judges can authorize DIP financing pursuant to section 11 and without reference to section 11.2. In addition, despite the express prohibition on rollups in subsection 11.2(1), *CCAA* courts have approved rollups in cross-border proceedings pursuant to section 49. This reality raises the question of what purpose section 11.2 currently serves. It also leaves open the door to aggressive DIP lenders who might steer the restructuring process towards their own ends, thereby undermining the collective restructuring process. All of this suggests that it may be time for Parliament to amend the *CCAA* in order to clarify the role of section 11.2 within the larger scheme of the Act.

As Myers J stated in *Toys "R" Us*, "[s]crutinizing complicated, lengthy DIP terms on an urgent initial hearing is a dangerous pursuit".[163] Regardless of whether Parliament amends the *CCAA* in the near future, supervising judges can enhance predictability and creditor protection in the context of DIP financing orders in two ways. Firstly, courts should ensure that affected creditors

---

[162] Rabelais, *supra* note 1 at 225.

[163] *Toys "R" Us*, *supra* note 11 at para 11.

2024 CanLIIDocs 2573

have received adequate notice and time to consider the impact of any proposed DIP loan. Creditors should be encouraged to participate in the restructuring process and present alternatives to the DIP lender's proposal, where appropriate.[164] Secondly, courts should require that any permanent alterations to creditors' entitlements are made only by way of a formal plan of arrangement that has been scrutinized and voted upon in a creditors' meeting. Cases such as *Target* and *Nelson Financial* provide examples of how the *CCAA*'s procedures for developing a formal plan of arrangement can facilitate successful restructurings while protecting creditors both individually and collectively from abuse by incumbent management or another creditor, as the case may be. When considering applications for DIP financing, judges should be mindful of the risk that overly broad initial or interim relief could short-circuit important *CCAA* procedures and undermine the goals of protecting creditors as well as the integrity of the restructuring regime.

2024 CanLIIDocs 2573

[164] It is difficult to overstate the potential value of enhanced creditor participation, and particularly competition among DIP lenders, in restructuring proceedings. For example, in Brooks Brothers' Chapter 11 proceedings in the U.S., competition among DIP lenders ultimately led to the debtor obtaining an $80 million loan with no interest or closing fees. See *In re Brooks Brothers Group, Inc.*, No. 20-11785 (Bankr D Del 2020). See also Steven Church, "Brooks Brothers Gets Bankruptcy Loan with Zero Interest Rate", *BNN Bloomberg* (10 July 2020), online: <bnnbloomberg.ca/brooks-brothers-gets-bankruptcy-loan-with-zero-interest-rate-1.1463754>.

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*

2013 SCC 6 (CanLII)

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 *Interveners*

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 : 1er 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(1)a), b) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36.

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 couvrait 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

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 assujetti 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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;

2013 SCC 6 (CanLII)

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 débentures 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.

2013 SCC 6 (CanLII)

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. 23*a*.
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. 23*a*.
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)*, 3e sess., 40e lég., 24 mars 2010 (tel que mod. par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, 1er 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.

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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.

[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. 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.

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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 1er 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 »)

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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.

[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] 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.

[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] 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

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

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'actuaires 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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).

2013 SCC 6 (CanLII)

[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 :

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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,

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.

[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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

constituted at the time of the wind up, because no pension entitlements arise after that date. In other words, no new liabilities accrue 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. 23*a*, 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. 23*a*, 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'en effectuait comme s'il y avait liquidation (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80).

2013 SCC 6 (CanLII)

[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)

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 :

2013 SCC 6 (CanLII)

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*.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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 paramountcy 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 paramountcy 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 paramountcy 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 paramountcy. 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). Paramountcy 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 paramountcy 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 paramountcy 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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;

2013 SCC 6 (CanLII)

(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;

(c) there is no other alternative available to the Applicants for a going concern solution;

(d) a stand-alone solution is impractical given the integrated nature of the business of Indalex Canada and Indalex U.S.;

(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;

(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;

(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

(h) the balancing of the prejudice weighs in favour of the approval of the DIP Financing. [para. 9]

[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

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;

c) les requérantes ne disposent d'aucune autre solution permettant la continuité de l'exploitation;

d) vu le degré d'intégration de l'exploitation d'Indalex Canada et d'Indalex É.-U., une solution indépendante est irréaliste;

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;

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;

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 . . .

h) la prépondérance des inconvénients favorise l'approbation du financement DE. [par. 9]

[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*

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 incombaient 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 compromettait 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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)*, 3e sess., 40e lég., 24 mars 2010 (modifié par la suite par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, 1er mars 2011)). Un rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a expliqué ainsi le choix fait par le législateur :

2013 SCC 6 (CanLII)

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'equity pour accomplir ce qu'il aurait souhaité que le législateur fît.

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 sont 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 insolvables 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 »)

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

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) The DIP Order (Joint A.R., vol. I, at p. 129)

(2) L'ordonnance relative au financement DE (d.a. conjoint, vol. I, 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:

[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 :

– 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:

– 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 1er mai 2009 (par. 15);

– l'octroi aux prêteurs DE de ce qu'on appelle une superpriorité :

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

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

(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.

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

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) 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.]

(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 demanderesses 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.]

2013 SCC 6 (CanLII)

(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 reprenant 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

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 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.

[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) The Decision of the Ontario Court of Appeal

(8) L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario

[111] The Ontario Court of Appeal allowed an appeal from the decision of Campbell J.

[111] La Cour d'appel de l'Ontario accueille l'appel interjeté contre la décision du juge Campbell.

[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.

[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] Gillese J.A. found that the super priority provided for in the DIP order did not trump the

[113] La juge Gillese conclut que la superpriorité accordée dans l'ordonnance DE ne prime pas la

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 »

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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 :

2013 SCC 6 (CanLII)

(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 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.

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 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 [en anglais, « *accrued* »] 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.

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

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).

2013 SCC 6 (CanLII)

(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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 "accrues 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* (2e 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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).

2013 SCC 6 (CanLII)

[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.

[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] 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.

[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* (9e éd. 2009), p. 997; D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4e éd. 2011), p. 13; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, 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

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

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* (7e 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 débentures] qui sont alors accumulées [*accrued*], mais qui ne sont pas exigibles » (p. 344 (je souligne)). Suivant les conditions des obligations et des débentures, la société était tenue de payer, le 1er 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

2013 SCC 6 (CanLII)

"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 accrue 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 débentures, 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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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*;

2013 SCC 6 (CanLII)

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)).

2013 SCC 6 (CanLII)

(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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

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. 23*a*(1), similar to the deemed trust in the current s. 57(1)) and employer contributions that had fallen due under the plan (s. 23*a*(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 reflèterait 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. 23*a*(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. 23*a*(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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

(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

2013 SCC 6 (CanLII)

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,

2013 SCC 6 (CanLII)

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, 2e sess., 32e 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,

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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'equity 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 « superpriorité » 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?

2013 SCC 6 (CanLII)

(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 pouvaient 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

1985, ch. C-44, al. 122(1)*a*); *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures 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) *Breaches of Fiduciary Duty*

c) *Manquements à l'obligation fiduciaire*

[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.

[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) Conflict of Interest

(i) Conflit d'intérêts

[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?

[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] 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

[197] La Cour d'appel conclut en fait qu'il y a conflit d'intérêts dès qu'Indalex prend une décision de nature commerciale [TRADUCTION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132) et qu'il y a alors 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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).

2013 SCC 6 (CanLII)

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

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] 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.

[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] 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.

[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] 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.

[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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 assujetti 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* (3e 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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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] « [l]'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]l 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 conjecturelle, 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

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] équivaudrait 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] 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.

[238] À mon humble avis, cette approche comporte deux failles. Les débitrices américaines ont dû véritablement débourser 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] 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.

[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] A judicially ordered constructive trust, imposed long after the fact, is a remedy that tends to destabilize the certainty which is essential for

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 Paramountcy?*

[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 paramountcy: 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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.

2013 SCC 6 (CanLII)

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]

2013 SCC 6 (CanLII)

[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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 entrait 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 assujetti 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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 whitewash 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

2013 SCC 6 (CanLII)

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

2013 SCC 6 (CanLII)

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*.

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. Procedural Fairness in *CCAA* Proceedings

III. L'équité procédurale dans une procédure intentée sous le régime de la *LACC*

[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.

[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] 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

[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, assujetti 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,

2013 SCC 6 (CanLII)

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 assujetti 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.

2013 SCC 6 (CanLII)

[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:

23*a*.—(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 :

23*a*.—(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.

2013 SCC 6 (CanLII)

(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,

2013 SCC 6 (CanLII)

(*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

2013 SCC 6 (CanLII)

(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;

2013 SCC 6 (CanLII)

(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 regimes 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.

. . .

2013 SCC 6 (CanLII)

(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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

. . .

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.

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) 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.

2013 SCC 6 (CanLII)

(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 1er 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 1er 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.

2013 SCC 6 (CanLII)

(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 continus 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.

2013 SCC 6 (CanLII)

(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

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

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.

Appeals of Sun Indalex Finance, George L. Miller and FTI Consulting allowed, LeBel *and* Abella JJ. *dissenting. Appeal of USW dismissed.*

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.*

Solicitors for the appellant Sun Indalex Finance, LLC: Goodmans, Toronto.

Procureurs de l'appelante 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.

Procureurs de l'appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7 : 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.

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.

Solicitors for the appellant/respondent United Steelworkers: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'appelant/intimé le Syndicat des Métallos : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the respondents Keith Carruthers, et al.: Koskie Minsky, Toronto.

Procureurs des intimés Keith Carruthers, et autres : Koskie Minsky, Toronto.

Solicitors for the respondent Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited

Procureurs de l'intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau

2013 SCC 6 (CanLII)

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.

2013 SCC 6 (CanLII)

RE SULPHUR CORPORATION OF CANADA LTD., 2002 ABQB 682

Date: 2002716
Action No. 0201 06610

2002 ABQB 682 (CanLII)

IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL DISTRICT OF CALGARY

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES CREDITORS ARRANGEMENT ACT*,
R.S.C. 1985, c. C-36, as amended

AND IN THE MATTER OF THE *BUSINESS CORPORATIONS ACT*,
R.S.A. 2000, c. B-9

AND IN THE MATTER OF SULPHUR CORPORATION OF CANADA LTD.

APPEARANCES:

Brian P. O'Leary, Q.C., Burnet, Duckworth & Palmer
Solicitors for the Applicants

Karen Horner, Bennett Jones LLP
Solicitors for Sulphur Corporation of Canada Ltd.

Howard A. Gorman, Macleod Dixon LLP
Solicitors for Proprietary Industries Inc.

REASONS FOR JUDGMENT
of the
HONOURABLE MR. JUSTICE S. J. LOVECCHIO

INTRODUCTION

[1] This is an application by several builders' lien claimants of Sulphur Corporation of Canada Ltd. to determine whether this Court has the jurisdiction under the ***Companies' Creditors Arrangements Act***[1] to grant a debtor in possession financing charge which would rank in priority to their registered liens. In a concurrent application, Sulphur sought an extension of the stay and an increase in the DIP financing of $450,000.

2002 ABQB 682 (CanLII)

BACKGROUND

[2] The basic facts in the applications are not in dispute. They are briefly summarized below.

[3] Sulphur is a company incorporated under the laws of the Province of Alberta and Proprietary Industries Inc. owns 79.59% of Sulphur's issued and outstanding voting shares.

[4] Sulphur's only activity has been to develop and construct a sulphur terminal and processing facility in Prince Rupert, British Columbia. The facility has not been completed and it generates no cash flow.

[5] On April 19, 2002, Sulphur obtained protection under the ***CCAA*** in an *ex parte* application. The Order stayed all actions against Sulphur by all of its creditors for a period of 30 days, named Arthur Andersen Inc. (which firm was subsequently taken over by Deloitte & Touche Inc.) as the Monitor and authorized Sulphur to borrow an amount not exceeding $200,000 from Proprietary to finance the continued activities of Sulphur. This DIP financing was to rank in priority to all other creditors of Sulphur, except those claiming under the Administrative Charge (being primarily the Monitor's fees and disbursements).

[6] A number of affidavits have been filed in this matter. Based on these affidavits, it appears the financial position of Sulphur is extremely precarious.

[7] Sulphur has a working capital shortfall of $9,751,435.00. On December 7, 2001, Sulphur ceased paying its trade creditors for their work and materials provided for the construction and development of the facility. The trades continued to work on the facility and were not advised by Sulphur that funding from Proprietary had ceased until around January 8, 2002.

[8] Approximately $9,000,000.00 of builders' liens have been registered against Sulphur's assets. It would appear these liens were registered in early 2002, and the Applicants represent a total of $6,498,252.98 or 59% of that amount.

[9] By the middle of December, 2001, Proprietary had advanced a total of $17,791,338.00 to Sulphur. Of that amount, $1,000,000.00 was advanced as consideration

---

[1] R.S.C. 1985, c. C-36.

for a share subscription and $1,166,200.00 to exercise Share Purchase Warrants. The balance of the advances, in the amount of $15,625,138.00, was a loan. At the time the loan advances were made only one debenture, securing the first $1,180,000.00 advance under the loan, was issued and despite the requests and the demands of Proprietary, the then existing management of Sulphur failed or refused to execute debentures securing the balance of the advances under the loan, contrary to the commitment of Sulphur to secure all advances.

[10] On April 18, 2002, an additional debenture to secure the balance of the indebtedness was issued. Proprietary is the only secured creditor of Sulphur.

[11] The only other major creditor of Sulphur is Ridley Terminals Inc. The facility is on leased lands and Sulphur was unable to make its lease payments to Ridley under the Phase-One sublease and the Phase-two sublease for the month of April, 2002. At the time of the initial Order, the total lease arrears owed to Ridley with respect to the lands is $24,966.25. On or about March 20, 2002, Ridley issued a Notice of Default under the subleases to Sulphur.

[12] It was also deposed that Proprietary is the only party willing to provide interim financing to Sulphur and that financing would not be provided unless it ranked as a first charge after the Administrative Charge.

[13] Pursuant to the Order of Hart. J dated May 16, 2002, the stay of proceedings and all other terms of my initial Order were confirmed and continued until June 19, 2002.

[14] On June 19, 2002, the Applicants sought an order to vary the DIP financing provisions of my initial Order, such that the DIP financing be ranked as a secured charge but after their claims.

[15] During this hearing, I further extended the May 16 Order until July 19, 2002 and increased the DIP financing, allowing an additional $200,000 to be borrowed from Proprietary. Despite Proprietary's earlier position, Proprietary consented to lend this additional amount, notwithstanding my ruling that the priority of these additional funds and the original funds could be varied depending on the answer given to the jurisdictional question raised by the Applicants.

ISSUE

[16] The only real issue still to be determined in this application is the following:

> Does this Court have the jurisdiction to grant a charge under the ***CCAA*** to secure a DIP financing which ranks in priority to a statutory lien under the under the

2002 ABQB 682 (CanLII)

Builders Liens Act[2] of British Columbia?

DECISION

This Court has the jurisdiction to grant a charge under the ***CCAA*** to secure a DIP financing which ranks in priority to a statutory lien under the under the ***BLA*** of British Columbia.

ANALYSIS

Position of the Applicants

[17] The Applicants argues that s. 32(2) of the ***BLA*** establishes a priority for liens over all other charges, except those listed, and a charge to secure a DIP financing is not listed. As a result, the Applicants argue there is no necessity to resort to the doctrine of paramountcy as the ***BLA*** and the Court's powers are not in conflict.

[18] The Applicants also contend that the ***CCAA*** contains no specifically enunciated statutory basis for the Court to grant a charge to secure a DIP financing which ranks in priority to the statutory liens of the builders' lien claimants. They do not dispute that the Court has the inherent jurisdiction to grant a security interest in certain circumstances but they maintain this contest comes down to the Court's inherent jurisdiction (an equitable power) versus an express provincial statutory provision and as such it falls outside of the limited purview of the paramountcy doctrine.

Position of the Respondent

[19] The Respondent argues that s. 32(2) of the ***BLA*** only establishes a priority for liens over advances by a mortgagee, under a registered mortgage, and a DIP financing is not a registered mortgage. As a result, the Respondent argues there is no necessity to resort to the doctrine of paramountcy as the ***BLA*** and the Court's powers are not in conflict.

[20] If that position is not maintained, then the Respondent disagrees with the Applicants' submission that this is a contest between the Court's equitable power versus an express statutory priority provision. The Respondent submits there is a statutory basis for the initial Order and, as a result, if there is a conflict between the charge and the liens, then the charge created under the ***CCAA*** being a federal statute, is paramount to liens provided for in the ***BLA*** being a provincial statute. The Respondent relies on ss. 11(3) and 11(4) of the ***CCAA*** as the statutory provisions which empower the Court to create the charge.

Discussion

---

[2] R.S.B.C. 1997, Chapter 45.

2002 ABQB 682 (CanLII)

The BLA Statutory Interpretation Argument

[21] Section 32 of the ***BLA*** states the following:

> 32(1) Subject to subsection (2), the amount secured in good faith by a registered mortgage as either a direct or contingent liability of the mortgagor has priority over the amount secured by a claim of lien.
>
> 32(2) Despite subsection (1), an advance by a mortgagee that results in an increase in the direct or contingent liability of a mortgagor, or both, under a registered mortgage occurring after the time a claim of lien is filed ranks in priority after the amount secured by that claim of lien.

[22] If the circumstances of this case did not give rise to a paramountcy issue, s. 32 of the ***BLA*** would govern. Clearly, the DIP financing is not a registered mortgage and the validly registered builders liens would have priority. (See discussion on ***Baxter*** below).

The Paramountcy Argument and the Jurisdiction of the Courts

[23] Sections 11(3) and 11(4) of the ***CCAA*** read as follows:

> 11(3) 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 a period as the Court deems necessary not exceeding 30 days, ...[staying proceedings, restraining proceedings and prohibiting proceedings against the debtor company].
>
> 11(4) A court may on application in respect of a company other than an initial application, make an order on such terms as it may impose, ...[staying proceedings, restraining proceedings and prohibiting proceedings against the debtor company].

[24] It is clear that the power of the Court to create a charge to support a DIP financing is not mentioned. Are the words "such terms as it may impose" sufficient to give inherent jurisdiction a statutory cloak?

[25] The facts at bar are similar to those that were before Associate Chief Justice Wachowich (as he then was) in ***Re Hunters Trailer & Marine Ltd.***[3] In that case, Wachowich C.J.Q.B. granted Hunters an *ex parte,* 30 day stay of proceedings under the ***CCAA*** and, further, granted a DIP financing and Administrative Charge with a super-priority ranking over the claims of the other creditors.

---

[3] (2002) 94 Alta. L.R. (3d) 389.

2002 ABQB 682 (CanLII)

[26] In discussing the objective of the ***CCAA***, Wachowich C.J.Q.B. stated the following at para. 15:

> The aim of the *CCAA* is to maintain the status quo while an insolvent company attempts to bring its creditors on side in terms of a plan of arrangement which will allow the company to remain in business to the mutual benefit of the company and its creditors...
>
> At para 18:
>
> I agree with the statement made by Mackenzie J.A. in *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re* (2000), 16 C.B.R. (4th) 141 (B.C.C.A.), at 146 that:"...the *CCAA*'s effectiveness in achieving its objectives is dependent on a broad and flexible exercise of jurisdiction to facilitate a restructuring and continue the debtor as a going concern in the interim.
>
> Later, at para.32:
>
> Having reviewed the jurisprudence on this issue, I am satisfied that the Court has the inherent or equitable jurisdiction to grant a super-priority for DIP financing and administrative charges, including the fees and disbursements of the professional advisors who guide a debtor company through the *CCAA* process. Hunters brought its initial *CCAA* application *ex parte* because it was insolvent and there was a threat of seizure by some of its major floor planners. If super-priority cannot be granted without the consent of secured creditors, the protection of the *CCAA* effectively would be denied a debtor company in many cases.
>
> Finally, at para. 51
>
> As I have indicated above, I am of the view that the Court has the inherent or equitable jurisdiction to grant a super-priority for DIP financing and administrative costs, including those of the monitor and professional advisors of the debtor company. While this jurisdiction is invoked when an initial application is made under the *CCAA*, the Court is not limited to granting a priority only for those costs which arise after the date of the application or initial order. So long as the monies were reasonably advanced to maintain the status quo pending a *CCAA* application or the costs were incurred in preparation for the *CCAA* proceedings, justice dictates and practicality demands that they fall under the super-priority granted by the Court. To deny them priority would be to frustrate the objectives of the *CCAA*.

[27] In addressing the Court's jurisdiction to grant an order, the Court of Appeal in

2002 ABQB 682 (CanLII)

Luscar Ltd. v. Smoky River Coal Ltd.[4] confirmed the conclusion that s. 11(4) confers broad powers on the Court to exercise a wide discretion to make an order "on such terms as it may impose". At p. 11, para 53 of the decision, Hunt J.A. for the Court wrote:

> These statements about the goals and operations of the *CCAA* support the view that the discretion under s. 11(4) should be interpreted widely.

[28] As indicated by Wachowich C.J.Q.B., numerous decisions in Canada have supported the proposition that s.11 provides the courts with broad and liberal power to be used to help achieve the overall objective of the ***CCAA***. It is within this context that my initial Order and the June 19 Order were based.

[29] Counsel for the Applicants referred to ***Royal Oak Mines Inc., Re***[5] as an authority supporting their submission that the Courts cannot use inherent jurisdiction to override a provincial statute. In that case, Farley J., held that s. 11 of the ***BLA*** eliminated the Court's inherent jurisdiction to grant a super-priority DIP order over validly registered builders' liens. Farley J. did not even consider s. 32 of the ***BLA***. His decision was based solely on s. 11 of the ***BLA***, which is not at issue in the case at hand.

[30] In ***Royal Oak***, Farley J. also relied on ***Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.***[6], where the Supreme Court of Canada remarked that there is a limit to the inherent jurisdiction of superior courts and, in the circumstances of that particular case, the Court's inherent jurisdiction should not be applied to override an express statutory provision. At p. 480 the Court wrote the following:

> Inherent jurisdiction cannot, of course, be exercised so as to conflict with a statute or a Rule. Moreover, because it is a special and extraordinary power, it should be exercised only sparingly and in a clear case.

[31] ***Baxter*** may be distinguished from the case at hand since, in that particular case, the contest came down to the Court's inherent jurisdiction pursuant to s. 59 of the ***Court of Queen's Bench Act***[7] , a provincial statute which, the Supreme Court of Canada noted, was not intended to empower the Court to negate the unambiguous expression of the legislative will found in s. 11(1) of the ***Mechanics' Liens Act***[8], also a provincial statute.

---

[4] [1999] A.J. No. 185 (C.A.), online: QL (AJ).

[5] (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (Ont. Gen. Div.).

[6] (1975), [1976] 2 S.C.R. 475.

[7] R.S.M.1970, c. C280.

[8] R.S.M. 1970, c. M80.

2002 ABQB 682 (CanLII)

[32] I have the greatest of respect for my colleague from Ontario but, in this case s. 11 of the ***BLA*** was not invoked by the Applicants and in the final analysis I would see the matter differently. In ***Smoky***, Hunt J.A. used the words the exercise of discretion - a discretion she found to have been broad and one provided for in the statute.

[33] It is clear that the Court's power to attach conditions was envisioned by Parliament. The intent of Parliament, through the enactment of the ***CCAA***, was to help foster restructuring which, in turn, fosters the preservation and enhancement of the insolvent corporation's value.

[34] In ***Re United Used Auto & Truck Parts Ltd.***[9], Mackenzie J.A., of the Court of Appeal, wrote the following at p. 152, para. 29:

> When, as here, the cash flow from operations is insufficient to assure payment and asset values exceeding secured charges are in doubt, granting a super-priority is the only practical means of securing payment. In such circumstances, if a super-priority cannot be granted without the consent of secured creditors, then those creditors would have an effective veto over *CCAA* relief. I do not think that Parliament intended that the objects of the *Act* could be indirectly frustrated by secured creditors.

[35] Parliament's way of ensuring that the ***CCAA*** would have the necessary force to meet this objective was to entitle the Courts, pursuant to s. 11, to exercise its discretion and no specific limitations were placed on the exercise of that discretion. There is a logic to the lack of specificity as what is required to be done is often dictated at least in part by the particular circumstances of the case. Whether the Court should exercise that discretion is obviously a different matter and that will be discussed below.

[36] For the foregoing reasons, I find that in the circumstances of this case, there is a federal statute versus a provincial statute conflict.

Paramountcy

[37] Having established that the Court has a statutory basis to use its inherent jurisdiction in the exercise of a discretion granted under the ***CCAA***, the next question is whether this jurisdiction can be used to override an express provincial statutory provision, in this case s. 32 of the ***BLA***.

[38] The case of ***Pacific National Lease Holding Corp. v. Sun Life Trust Co.***[10] was

---

[9](2000), 16 C.B.R. (4th) 141 (B.C.C.A.).

[10] [1995] B.C.J. No. 1535 (C.A.), online: QL (BCJ)

2002 ABQB 682 (CanLII)

raised by Sulphur's Counsel to draw an analogy to the paramountcy issue at bar. While the facts are not identical, the case involved a conflict between the Court's power pursuant to the federal ***CCAA*** and the ***Legal Professions Act*** of British Columbia. In that decision, the Court found that it is within the Court's jurisdiction, pursuant to the ***CCAA***, to exercise broad "power and flexibility", and proceeded to comment on p. 6 that the ***CCAA*** "will prevail should a conflict arise between this and another federal or provincial statute". I agree with that conclusion and would apply it in this case.

The Exercise of That Discretion

[39] Sulphur has a working capital deficiency of over $9,000,000. Proprietary had ceased funding construction. Given the registered liens and the security position of Proprietary, funding from any other third party, other than Proprietary, is an illusion. Sulphur would have no chance to recover or restructure but for the provision of some interim financing to permit an assessment of where it goes, if anywhere at all, other than into bankruptcy.

[40] When a Court chooses to grant a stay order under s. 11 of the ***CCAA***, a significant portion of the order must address how costs will be covered for ongoing operations, the assessment process and the formation of a meaningful plan of arrangement.

[41] A balancing of the interests of all of the stakeholders is involved. The Court must proceed with caution throughout this entire process.

[42] Wachowich C.J.Q.B. affirmed the test set out by Tysoe J, in ***Re United Used Auto***, that there must be cogent evidence that the benefit of DIP financing clearly outweighs the potential prejudice to the parties whose position is being subordinated.

[43] In this case, a determination of priorities is not before me but, from the record, the following appears to be the lineup. Prior to insertion in the line of the Administrative Charge and the DIP financing, Proprietary appears to have a secured position of $1,180,000, there are registered liens of approximately $9,000,000 and then the balance of the secured position of Proprietary. In addition, the landlords position of roughly $25,000 must be fit into the equation.

[44] This facility has not been completed and, until it is, any cash flow is a pipe dream. Someone must come up with a plan to reorganize this unfortunate situation as a simple sale of the unfinished facility will, in all likelihood, yield the least in dollars for all to share.

[45] There is conflicting evidence on what the plant may be worth. This is partly driven by the method chosen (liquidation vs. going concern, and who is preparing the report). The highest number for a completed facility is $23.3 million to $24.2 million and on an uncompleted basis it may be as low as $1.00.

2002 ABQB 682 (CanLII)

[46] The best chance for the lienholder's to be paid is likely on completion as a liquidation appears to lead to a shortfall even for them. I realize that I have potentially eroded their position by $400,000 with the DIP financing in a liquidation scenario. However, that money is coming from Proprietary and they are the ones who have the greatest interest in seeing value created and at this point they are also the only ones who will finance a scheme that might see the creation of greater value.

[47] In my view given the magnitude of the numbers we are dealing with, at this stage the prejudice to the lienholder's is outweighed by the potential benefit for all concerned.

[48] Having said that, I wish to add that all future applications which would seek to amend or vary the DIP financing in any way will receive the Court's careful scrutiny. Sulphur will be obligated to file evidence demonstrating that the DIP financing would have the impact of increasing the value of the facility so as to avoid any further erosion of the lienholder's position.

CONCLUSION

[49] For the foregoing reasons, I answer the jurisdictional question posed in the affirmative.

COSTS

[50] The issue of costs may be spoken to at a latter date if Counsel wish.

HEARD on June 19 th, 2002.
DATED at Calgary, Alberta this 16th day of July, 2002.

_____

J.C.Q.B.A.

2002 ABQB 682 (CanLII)

Date: 20090619
Docket: CI 08-01-56696
(Winnipeg Centre)
Indexed as: Winnipeg Motor Express Inc. et al.
Cited as: 2009 MBQB 204

2009 MBQB 204 (CanLII)

COURT OF QUEEN'S BENCH OF MANITOBA

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

AND IN THE MATTER OF A PROPOSED PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF WINNIPEG MOTOR EXPRESS INC., 4975813 MANITOBA LTD. and 5273634 MANITOBA LTD. ("the applicants")

Counsel:

DAVID R. M. JACKSON
for Ernst & Young Inc. (the "monitor")

G. BRUCE TAYLOR and
JENNIFER J. BURNELL
for Winnipeg Motor Express ("WME")

HARVEY G. CHAITON
for Heller Financial Canada Holding Company ("Heller") and GE Canada Leasing Services Company ("GE")

DONALD G. DOUGLAS
for Paccar Financial Services Ltd. ("Paccar")

DOUGLAS G. WARD, Q.C.
for Alterinvest Fund L.P. (BDC)

ROBERT A. DEWAR, Q.C.
for Ramwinn Diesel, Inc. ("Ramwinn")

WILLIAM G. HAIGHT
for Key Equipment Finance Canada Ltd.

) E. PETER AUVINEN
) for CIT Financial Ltd., Wells Fargo Equipment Finance Company, Capital Underwriters Inc. and Stoughton Trailers Canada Corp. ("Stoughton")
)
) DONALD R. KNIGHT, Q.C.
) for Maxim Transportation Services Inc. ("Maxim")
)
) Oral Reasons for Judgment
) Delivered: June 19, 2009

2009 MBQB 204 (CanLII)

SUCHE J.

[1] The issue before me today is the appropriate distribution of the DIP loan and administrative charges (collectively referred to as the "Court Ordered Charges") incurred since May 15, 2008, when I granted a stay of proceedings pursuant to s. 11 of the ***CCAA***. The DIP loan represents working capital advanced to WME by Heller during the restructuring period; the administrative charges consist of the monitor's fees, its legal fees, WME's legal fees, and director's charges. The amount of these fees is not in issue and both have been paid by Heller out of receivables collected from WME's operations and sale of assets. Thus, the effect of this order will be to require other parties to reimburse Heller for some portion of the $1.8525 million in issue.

[2] The monitor, in its twelfth report dated February 12, 2009, recommends that the Court Ordered Charges be allocated among the secured creditors based on pro rata recovery, using actual or estimated recovery. Total recovery for any creditor includes its direct recovery plus allocated sale proceeds, plus any lease

payments recovered, less direct costs, which includes expenditures for such things as repairs or reconditioning.

[3] In the result, certain secured creditors will be excluded, namely:

(i) Daimler Chrysler Financial Services, as I ruled its equipment was not subject to the stay, or the Court Ordered Charges;

(ii) three secured creditors, Richard Sobey, Frontier Capital Partners, and Shaw Satellite Services, whose security is subordinate to BDC, which itself only recovered a minimal amount of WME's outstanding indebtedness.

[4] In addition, several office or non-fleet equipment lessors have been excluded on the basis of administrative efficiency because of the very small amount of their respective recoveries.

[5] In making its recommendations, the monitor indicates it relied on the following principles:

(i) all secured creditors should contribute to the cost of restructuring;

(ii) a strict accounting on a cost benefit basis is impractical and not necessary or desirable for allocation purposes;

(iii) security arrangements and priorities should not be readjusted as part of this process;

(iv) the proportion each creditor should be allocated need not be equal; and

(v) the allocation should be equitable, rather than equal.

2009 MBQB 204 (CanLII)

[6] The monitor also recommends that no DIP charge should be allocated to any equipment parked and available for pickup at the date of filing, or for units that have not yet been returned to a lessor/lender.

2009 MBQB 204 (CanLII)

THE PARTIES AND THEIR POSITIONS

Heller

[7] Heller provided a demand operating loan to WME margined against 85% of eligible accounts receivable. At the time of the stay, this loan was at $5,643,297, which was secured by accounts receivable of $5,868,630. During the restructuring, Heller continued to allow the operating loan to revolve. It advanced approximately $8,750,000 (Cdn.) and $2,800,000 (U.S.) under the operating loan to pay WME's ongoing business expenses. The pay down of the loan was as a result of a combination of the sale of assets and collection of receivables. In the end, Heller is projected to suffer a loss of approximately $55,000. It makes the point that it would likely have avoided this had its collateral not been used to make lease payments of approximately $394,000 to financing lessors.

[8] Heller supports the monitor's recommendation.

GE

[9] GE leased 44 tractors and 204 trailers to WME under financing leases. Despite my order of July 3, 2008 requiring WME to pay equipment lessors as of August 1, 2008, GE did not seek payment under any of its leases. Ultimately,

GE's equipment was included in the purchase by Newco, although as part of that transaction, GE wrote off approximately $250,000 in principal and unpaid interest and renegotiated its leases at an interest rate of 9.25%.

[10] In calculating GE's net recovery, the monitor used the average between the liquidation value of its equipment and the present value of the leases assumed, discounted at the rate of 9.25%. It was argued by several creditors that this discount is commercially unreasonable, and seriously understates the value of GE's recovery.

[11] GE supports the monitor's proposed allocation.

Paccar

[12] as at the date of filing, Paccar leased 83 tractors and 19 trailers to WME, pursuant to financing leases. As a result of my order of July 3, 2008, Paccar received $279,855 in lease payments between August 1 and the date on which its equipment was returned. Although Newco was amenable to including Paccar's equipment in its purchase, Paccar was not agreeable to this. Accordingly, all its equipment (save one or two units which could not be recovered) was returned.

[13] Paccar disputes the monitor's proposed allocation, arguing that GE and Heller have received the lion's share of the benefit from these proceedings and have suffered virtually no loss. It further maintains that it has been unduly prejudiced, as have all equipment lessors, by virtue of the fact that its security has been used to the benefit of WME (and the other secured creditors,

2009 MBQB 204 (CanLII)

particularly Heller) during the restructuring. In contrast, Paccar's security has suffered significant deterioration.

[14] Paccar maintains that the appropriate methodology would be to recognize the net losses suffered. It points out that its loss from its dealings with WME is approximately $2.7 million, compared to Heller's loss of $55,000, on virtually the same level of debt owed. It maintains that GE should be considered to have effected 100% recovery, given that Newco has assumed the leases for its equipment.

[15] It also maintains that the benefit of an orderly return by WME was not all that significant, given that Paccar is in the business of supplying transport equipment, and is experienced in recovering vehicles in such situations.

CIT Financial Ltd., Wells Fargo Equipment Finance Company, Capital Underwriters Inc. and Stoughton

[16] These four equipment lessors collectively had 115 trailers under lease to WME at the time of filing. Stoughton maintains that its lease is not a financing lease.

[17] Collectively they argue that the monitor's methodology is not appropriate as it does not adequately reflect the relative benefit derived from the proceedings by different secured creditors. They, too, argue that Heller and GE have essentially been paid in full, which stands in contrast to their situation, each of them having incurred substantial losses. They also did not have the opportunity to have their equipment included in the Newco purchase.

2009 MBQB 204 (CanLII)

[18] These creditors ask that I allocate specific expenses to the secured creditors who they say benefitted from various expenses, which they did not.

[19] When considering the issue of recovery, they say the only benefit they received from the restructuring was the orderly return of equipment. However, they maintain that several of their units should not be included in the calculation as these were recovered through their efforts, with no help from WME. They also argue that they were well equipped to pick up all units and would have happily done so.

2009 MBQB 204 (CanLII)

Ramwinn

[20] Ramwinn provided mechanical services to WME. At the time of the stay, it had some vehicles in its possession and, thus, possessory lienholder rights. It also had lien claims against a significant number of other vehicles. An arrangement was made among the various equipment lessors to whom equipment was to be returned, to pay Ramwinn for the work performed in order to secure release of the equipment. Ramwinn was also granted leave to commence certain actions where the limitation dates were approaching during the restructuring period. It also recovered $4,738.12 out of the proceeds of sale of WME's redundant assets.

[21] Ramwinn argues that the money it received from the equipment lessors should not be included in its net recovery, as it was recovered from third parties, not WME. It also points out that Ramwinn's garagekeeper security was of a different kind than the other secured creditors and gave it priority ahead of all

other creditors. Thus, to include its recovery in the allocation, effectively amounts to altering the security arrangements between WME and its creditors, which is something that should not be done.

[22] Finally, Ramwinn has a claim against WME in the amount of $18,679 for an account incurred subsequent to the stay. The monitor disputes liability on the part of WME and asserts the account payable by Newco. This dispute has yet to be resolved. Ramwinn seeks payment of this account, or, at least an order requiring that this amount ought to be set aside by Heller pending the determination of the matter.

2009 MBQB 204 (CanLII)

Maxim

[23] Maxim provided 15 trailers to WME under a lease which it maintains is an operating lease. It was paid its lease payments of $5,985 per month during the restructuring period, and its leases have been assumed by Newco. It says its registration in the Personal Property Registry is for purposes of giving notice that WME is in possession of its equipment, and is not a registration of a security interest.

BDC

[24] BDC was owed approximately $2.5 million plus interest as at the date of the stay. It holds security over all of WME's assets. In general terms, it was subordinate only to Heller on accounts receivable but had a first charge on all other assets. It recovered $78,998.79 plus interest from the redundant asset

sale and will recover $260,000 plus interest from the proceeds of the sale to Newco. BDC supports the monitor's methodology and its recommendation, although it argues that the application was premature given that there may be statutory creditors such as Worker's Compensation who might be entitled to be paid their claims in priority to the secured creditors who are being asked to contribute to the Court Ordered Charges. Since the date of the hearing, I have made an order of bankruptcy against WME.

[25] I turn, then, to the legal issues raised on this motion.

TRUE VERSUS FINANCING LEASES

[26] Both Stoughton and Maxim claim to be "true" lessors. The significance of this issue is twofold; s. 11.3(a) of the ***CCAA*** provides that an owner of property is entitled to require payment for its use during the restructuring. In addition, of course, the recommendation of the monitor is that only the secured lenders be included in the allocation of the Court Ordered Charges.

[27] Section 11.3(a) was added to the ***CCAA*** in 1997, apparently to clarify, or address, the point made by the British Columbia Court of Appeal in ***Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.*** (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105, [1990] B.C.J. No. 2497 (QL), namely, that a stay under s. 11, presumably would never be used to enforce the continuous supply of goods or services without payment for current deliveries. The amendment, of course, makes good sense and also brings the ***CCAA*** into line with the ***Bankruptcy and Insolvency Act***, R.S.C.

2009 MBQB 204 (CanLII)

1985, c. B-3, as amended (the "***BIA***"), which has a similar provision concerning proposals.

[28] The leading authority on the proper interpretation of s. 11.3(a) is ***Smith Brothers Contracting Ltd., Re*** (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 264, [1998] B.C.J. No. 728 (QL) (B.C.S.C.). There, Bauman J. relied on jurisprudence arising out of personal property security legislation as a starting point in the determination of the circumstances which would bring a party within s. 11.3(a). The distinction between a true lease – that is, a contract of bailment also known as an operating lease – and a financing, or capital lease, is critical, in a variety of situations. Where a supplier of equipment retains ownership solely for the purposes of enforcing the obligations of the debtor/lessee until payment in full has been made, a security interest is created, and ownership is lost.

[29] It is worth observing that the precise legal nature of an agreement in these situations has considerable commercial significance, and seems to have generated something of an ongoing legal struggle. Purveyors of equipment, ever concerned with the legitimate business goal of minimizing risk, try to appear as owners engaging in acts of bailment, thus minimizing the risk of the failure of a debtor/lessee's business, while at the same time passing off the risks of the equipment; that is, loss, damage and defects.

[30] At the same time, it is also true that the world of commercial arrangements is increasingly diverse, complex and focused on cost recovery, so

2009 MBQB 204 (CanLII)

it is very difficult to generalize about how any particular type of relationship will be structured.

[31] All of this is to say that, with the benefit of sophisticated legal advice and astute business judgment, the true nature of arrangements involving the supply of equipment can be very difficult to peg.

[32] In ***Smith Brothers***, Bauman J. concluded that s. 11.3(a) should be narrowly construed, given that it is an exception to a s. 11 stay, which in turn is of a remedial nature, and to be interpreted broadly and in a manner which supports the objectives of the ***CCAA***. He says:

> 56 What I take from all of this is that by preserving a limited remedy for lessors, that is, "payment for use", in a field of commercial transactions which, as I have shown with these leases, encompasses a variety of arrangements with much broader remedies on default, s. 11.3(a) can be interpreted as restricting itself to the type of arrangement which is characterized by the narrower bargain. More simply: this analysis suggests that s. 11.3(a) does not cover all leases. Rather, it covers traditional true leases where the essential bargain is payment for use.

[33] And further, at para. 61:

> 61 It is only payments for the use of leased property that are excepted from a s. 11 stay order under s. 11.3(a). Payments for use *and* equity are not. Similarly payments for use *and* equity *and* an option to purchase are not. This is another reason to conclude the s. 11.3(a) is not inclusive of all forms of lease.

[34] ***Smith Brothers*** has been widely accepted and applied by courts across the country. The exclusion of financing leases makes perfect sense, of course, based on the notion of ownership: if the financing lessor has given away ownership, it cannot seek the benefits of ownership. Similarly, the narrow

2009 MBQB 204 (CanLII)

construction of s. 11.3 limiting it to payments for use of equipment only, is consistent with the idea that a supplier could not be expected to continue to provide its product without payment. All this being so, the result has some unintended consequences, which I address later on in these reasons.

[35] I turn, then, to the two creditors in this case, Maxim and Stoughton. I have no hesitation in concluding that the agreement between Maxim and WME is a "true" lease. The essential bargain is payment for use of Maxim's property.

[36] I say this because a review of Maxim's obligations reveal that it undertakes all the risks associated with ownership of the equipment – it is responsible for providing all parts and supplies, carrying out maintenance and repairs, providing road service for vehicles which suffer mechanical breakdown, supplies substitute vehicles to WME if there has been mechanical failure, and provides and pays for all licencing and taxes. The option to purchase is truly an option, and the purchase price is determined by a formula, which seeks to determine the true market value of the vehicle at the time the option is exercised.

[37] It was argued that the "Elective Termination" provision, which allows Maxim to require WME to purchase the equipment in accordance with the Option if a default has not been cured within seven days, changes the nature of the arrangement. I disagree. While on its face it may be an unusual remedy and probably has more bark than bite, it seems that Maxim is letting WME know that it may take tardiness very seriously.

2009 MBQB 204 (CanLII)

[38] The Maxim agreement does not, in my view, create a security interest. In this regard, I prefer the analysis on ***Western Express Air Lines Inc., Re***, 2005 BCSC 53, (2005), 10 C.B.R. (5th) 154, over that in ***Paccar of Canada Ltd. v. Peterbilt of Ontario Inc.***, (2005), 18 C.B.R. (5th) 125 (Ont. Superior Court of Justice).

[39] The agreement between Stoughton and WME is a different matter. When Stoughton's agreement is viewed as a whole, I conclude that it is either a financing lease or sufficiently akin to one to fall outside the scope of s. 11.3(a). In particular, the agreement provides that WME bears the entire risk of loss from any cause and is required to make payments to Stoughton regardless of loss, or any claim against the manufacturer of the equipment. The warranties by the manufacturers are excluded. All registration, licence fees and taxes are paid by WME, as is any and all maintenance and repair costs.

[40] The lease also requires that the vehicle be returned to Stoughton in a condition that would require significant expenditure. This, combined with an option to purchase the vehicle for a stated amount, which appears to be the difference between the initial value of the equipment less payments made over the term of the lease, suggest to me that the parties intended that WME purchase the vehicle, and ownership was retained solely for the purpose of enforcing WME's obligation.

2009 MBQB 204 (CanLII)

THE LAW

[41] I turn, then, to the question of principles of allocation of Court Ordered Charges under the ***CCAA***. This is a matter of discretion for the court. Each case must be judged on its facts, but fundamentally any allocation must be fair and equitable. This does not mean equal, however, as observed by the court in ***Hunters Trailer & Marine Ltd., Re***, 2001 ABQB 1094, (2001), 305 A.R. 175. While it is unfair to ignore the degree of potential benefit that each creditor might derive, it is also accepted that any means of calculating a precise percentage will be arbitrary. The nature of proceedings under the ***CCAA*** make a strict accounting on a cost benefit basis impractical and ultimately defeating. It is also accepted that the concept of potential benefit versus direct benefit be utilized, otherwise the process would dissolve into a cost benefit analysis.

[42] In ***Re Hickman Equipment (1985) Ltd. (In Receivership)***, 2004 NLSCTD 164, at para. 17, Hall J. set out the principles to be applied in allocating restructuring costs, as follows:

> (1) The allocation of costs ought to be fair and evenhanded amongst all creditors upon an objective basis of allocation;
>
> (2) The fairest basis of allocation would be a uniform percentage of the sale price received for the asset over which the paying creditor had a realizable security interest;
>
> (3) There must be a recognition that the Cost Allocation Plan acknowledges that costs are not limited to the cost of realization alone but relates to all receivership costs whether direct sales cost or indirect cost;
>
> (4) Exceptions to a uniform application of cost to creditors ought not to be lightly granted. Nonetheless it must be recognized that

2009 MBQB 204 (CanLII)

> certain activities of the Receiver in managing the affairs of the receivership may have been less intensive or less advantageous with respect to certain groups of assets as opposed to other groups of assets and that the extent of this intensity or disadvantage may not be immediately or easily determinable. To require the Receiver to calculate and determine an absolutely fair value for its services for one group of assets vis-a-vis another would likely not be cost effective, would drive up the overall receivership cost and would likely be a fool's errand in any event;
>
> (5) Exceptions to the rule of uniform cost allocation should only be made where the requirement for such variation is reasonably articulable.

2009 MBQB 204 (CanLII)

[43] I also agree with the decision in ***Sulphur Corp. of Canada Ltd. (Re)***, 2002 ABQB 682, (2002), 5 Alta. L.R. (4th) 251, where LoVecchio J. concluded that the court has jurisdiction to grant a charge for debtor in possession financing which ranks in priority to provincial statutory liens, in that case a builder's lien.

ANALYSIS AND DECISION

[44] I begin with the observation that the s. 11 stay in this case has accomplished exactly what the ***CCAA*** intends that it do – it allowed a company in desperate financial circumstances the opportunity to restructure so that part of its business which was viable could carry on.

[45] Having said that, good news under the ***CCAA*** is a relative thing. Substantial financial carnage occurred along the way, not just to the secured creditors, almost all of whom have recovered at least something, but more so to a long list of unsecured creditors as well as the investors. The overriding theme of the individual submissions before me was that each of the parties would have

been in a much better position had they been able to simply realize on their security. That may or may not have been so, but of course the point of the ***CCAA*** is that the collective good and the benefit to all stakeholders governs.

[46] The starting point, then, on this motion is the recommendation of the monitor to allocate the Court Ordered Charges among the secured creditors on the basis of a pro rata share using total recovery. This method, in effect, amounts to requiring the secured creditors to pay a fee to collect its outstanding receivables. This certainly is not a novel concept in debt collection.

[47] In my view, the methodology proposed by the monitor on its face is fair. It has an objective basis and is being applied uniformly. Utilizing an "outstanding indebtedness approach", which has been applied in other cases, would not be better as it ends up favouring Heller substantially at the expense of most of the secured creditors.

[48] I agree with the view expressed in ***Hunjan International Inc., Re*** (2006), 21 C.B.R. (5th) 276 (Ont. Superior Court of Justice), that where the allocation is *prima facie* fair, the onus is on an objecting creditor to demonstrate that the proposal is unfair or prejudicial. The monitor, after all, is both court appointed and is intimately familiar with the details of the restructuring, including the particular costs incurred and what has transpired within the company's business operations during the restructuring period.

[49] So, then, is there a basis to deviate from the proposal? As noted earlier, while exceptions to a uniform application of costs should not be lightly granted,

2009 MBQB 204 (CanLII)

and the basis for any exception must be reasonably articulable, the court can take into account the different nature of the security held by various creditors, and the potential benefit to them when deciding if the allocation is fair and equitable. This was the focus of much of the argument raised by the secured creditors here.

[50] As I said, for the most part, each minimized the benefit or potential benefit to them of the restructuring process, and pointed to how certain expenditures or actions taken were detrimental to their interests.

[51] My conclusion is that all the secured creditors who the monitor suggests should participate in the allocation received real and meaningful benefit as a result of these proceedings. Heller's success in collecting receivables was increased and made less costly than had the company been placed in receivership. The equipment lessors' effort, cost, delay, and risk in recovering their equipment from various locations across North America was considerably reduced by virtue of WME's organized return of equipment to its yard or other agreed upon locations. Ramwinn's effort, cost and delay in having its accounts paid was substantially less than had it been required to engage in collecting from the equipment lessors, institute court proceedings, and potentially undergo the process of realizing on equipment in its possession. Those creditors, including Heller, BDC and Ramwinn, who shared in the proceeds from the sale of redundant assets or the purchase by Newco, also received real and meaningful

2009 MBQB 204 (CanLII)

benefit from the efforts of WME and the monitor in conducting the sale and the purchase by Newco would not have happened without the restructuring.

[52] Who benefitted more? If a meaningful answer could be given to that question, it would require a careful accounting and cost benefit analysis of each party's circumstance. This is exactly what courts repeatedly have said should not be done. It is economically self-defeating and the cost and the time involved in finding such an answer would only serve to benefit the professionals hired to assist in the process. It is antithetical to objectives of the ***CCAA***.

[53] I am also of the view that the relative loss – the issue raised by Paccar – results more from the nature of the security and the specific business decisions made by the parties. Heller, and Ramwinn, for example, experienced very small relative losses; BDC's and Alterinvest's loss was considerable. The difference in their respective security is substantial. To make adjustments as Paccar requests would, in my view, amount to readjusting priorities among creditors.

[54] At the same time, I do not accept Ramwinn's argument that requiring it to pay the allocation recommended by the monitor is also a violation of this principle. The allocation proposed is not at all disproportionate, in my view, to the benefit accrued to Ramwinn.

[55] I also conclude that there is no basis on which I can or should direct that the funds be held to pay for the outstanding claim Ramwinn advances against WME.

2009 MBQB 204 (CanLII)

[56] As to equipment obtained directly by lessors, I am of the view that regardless of how lessors recovered equipment, any equipment recovered post stay should be included in the allocation as suggested by the monitor. Self-help is not to be condoned, and a potential benefit not realized due to a creditor's actions, should not be discounted in this analysis, as to do so falls into a detailed cost benefit analysis.

[57] There is one adjustment, however, that I do feel is in order. A discount rate of 9.25% on the present value of GE's leases was used by the monitor. I am not persuaded that this is justifiable. I accept what I take to be the monitor's secondary position of 6% as being reasonable.

EQUIPMENT LEASES

[58] Much attention was paid during these proceedings to the situation of equipment lessors who hold financing leases. Paccar, in particular, but also others, advocated forcefully that they were unduly prejudiced by the stay. They maintain that not only are they not being paid while their assets are being used to the benefit of the other stakeholders, but their underlying security is being rapidly and substantially deteriorated in the process. This, they say, violates one of the fundamental objectives of preventing one creditor from obtaining an advantage over other creditors during the stay period.

[59] It strikes me that the fact that true lessors are entitled to be paid further aggravates this problem in circumstances such as WME's where it has a variety of arrangements with equipment suppliers, including some true leases. It is

2009 MBQB 204 (CanLII)

clearly in a debtor company's economic interests to use financed rather than leased equipment during restructuring. This is what seems to have occurred here (although I make no criticism of WME for doing so).

[60] It is difficult to know how this situation can be remedied, given that the whole point of the ***CCAA*** is to relieve a company of ongoing financial burden to allow it the opportunity to restructure. In this case, for example, WME would not have succeeded had been obliged to pay for its equipment during the entirety of the restructuring.

[61] On the particular facts of this case, this issue became somewhat easier to address given the nature of WME's business. Equipment to a transportation company is akin to raw goods to a manufacturer, and I was of the opinion that if WME was going to be viable, at a certain point it would have to demonstrate it could pay for the essential means of production. Otherwise, there would be no purpose to continue the stay. Accordingly, I ordered that financing leases would be paid as of August 1, 2008.

[62] I say all this not to justify or revisit the basis for my earlier decision, but to get to the point that in considering what is equitable, undue prejudice is a reason to adjust what would otherwise be a uniform approach. I am satisfied that equipment lessors in a business operation such as WME's do suffer undue prejudice. In this case, however, the equipment lessors were paid as of August 1. Being financing leases, those payments were not just for use, but included some amount on account of equity. I conclude, then, that the undue prejudice

2009 MBQB 204 (CanLII)

suffered has been recognized, albeit not totally, perfectly or precisely, but, in my view, in an amount sufficient amount to justify the uniform application of the methodology proposed by the monitor.

[63] The last issue is one that perhaps is more controversial. Maxim, the only true lessor, has, in my view, derived the same benefit as the financing lessors from these proceedings. Its trailers were part of WME's network which stretched across North America. As a result of WME's continued operations, its equipment was gathered in and ultimately it was able to assign its leases to Newco without any interruption. While s. 11.3(a) specifically allows for payments for use of equipment despite the stay, I do not see that there is any statutory prohibition against requiring a contribution to the Court Ordered Charges against such a party. Taking a broad and purposive approach to the ***CCAA***, which I am obliged at law to do in determining an equitable distribution of the costs of the restructuring, I conclude that Maxim should share in these charges on some basis.

[64] I do this, recognizing that the only authority on point that was provided to me, ***Western Express Air Lines***, came to a different conclusion. However, I note that there, Brenner C.J.S.C. specifically found that:

> 20 ... If costs are to be allocated in the basis of the benefit to be derived from a successful restructuring, then the lessors should arguably pay nothing. As ordinary creditors for the outstanding lease payments they will likely receive nothing. ...
>
> . . .

2009 MBQB 204 (CanLII)

> 22 Accordingly under the general equitable principles of the *CCAA* I see no basis for requiring the aircraft lessors to bear a portion of the Existing Charges.

[65] Here, I have found the situation to be otherwise. There was a real and meaningful benefit to Maxim.

[66] However, just as GE's assumed lease was discounted for the risk of non-performance by Newco, so, too, should Maxim's. Subject to hearing further submissions on the matter, the amount of Maxim's total recovery should be discounted by the same discount rate, namely, 6%.

CONCLUSION

[67] At the outset of the hearing before me, several disputes remained which concerned the value of various creditors' total recovery.

[68] I understand that through a combination of information provided during the hearing and the findings I have made this afternoon, these have all been resolved.

[69] I trust that these reasons will allow the monitor to calculate the precise allocation among the parties. However, I recognize that it may be that some aspect of my reasons require either clarification or some addition. Should that be the case, I invite the parties to let me know.

_____ J.

2009 MBQB 204 (CanLII)