

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
DISTRICT OF MONTRÉAL

SUPERIOR COURT
Commercial Division
(Sitting as a court designated pursuant to
the *Companies' Creditors Arrangement Act*,
R.S.C., c. C-36)

N°: 500-11-036133-094

**IN THE MATTER OF THE PLAN OF
COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF:**

ABITIBIBOWATER INC.
And
ABITIBI-CONSOLIDATED INC.
And
BOWATER CANADIAN HOLDINGS INC.
And
**The other Petitioners listed on
Schedules "A", "B" and "C"**

Abitibi Petitioners,

AND

ERNST & YOUNG INC.

Monitor,

AND

**The Ad Hoc Committee of the Senior
Secured Noteholders and U.S. Bank
National Association, Indenture Trustee
for the Senior Secured Notes**

Respondents

**NOMINEE DIRECTOR
SUPPLEMENTAL ARGUMENT BRIEF**

**THE DIRECTORS OF MPCO MUST ACT IN THE BEST INTERESTS OF THE
COMPANY AS A WHOLE, NOT OF THEIR NOMINATING SHAREHOLDERS**

- 1) Mr. Allan Dea is an employee and a director of ACCC and has been appointed director of MPCo in June 2008 by ACCC.

- Mr. Dea's Examination of September 21, 2009, at pp. 11, 15 and 21
- 2) The fact that a director is appointed by one of the shareholders does not lessen his responsibilities or duties:
 - *PWA Corp. v. Gemini Group Automatic Distribution Systems Inc.* (1993), 8 B.L.R. (2d) 221 (Ont. Gen. Div) affirmed (1993) 10 B.L.R. (2d) 109 (Ont. C.A.), at p. 32. **[Tab 49]**

"A director nominated by a particular shareholder of the corporation is not in any sense relieved of his or her fiduciary duties to the corporation. A nominee director is not accorded an attenuated standard of loyalty to the corporation. The director must exercise his or her judgement in the interests of the corporation and comply with his duties of disclosure and must not subordinate the interests of the corporation to those of the director's patron. [...]."

- 3) A director owes his duty to the entire company, including its creditors, not to its nominating shareholder:
 - K.P. McGuiness, *Canadian Business Corporations Law*, 2nd ed., 2007, LexisNexis, at paras. 1.139 and 1.141. **[Tab 47]**

"Thus there is now a substantial body of Canadian and English case law to the effect that director who serves on the board of directors of a corporation as a nominee of a particular shareholder owes the same duties to the corporation as any other shareholder. Such a director is not accorded an attenuated standard of loyalty to the corporation. The director must exercise his or her judgment in the interests of the corporation alone, and comply with the duties of disclosure that are imposed by law. The director must not subordinate his or her duties to the corporation to any duty that is owed to the shareholder. A nominee director must act in the best interests of the corporation as a whole. He or she may not favour the interest of the shareholder who appointed him or her over the interests of other shareholders, and in particular may not make that shareholder's interest his paramount consideration.

[...]

A nominating shareholder – while no doubt an important investor – may only be one of several persons whose interests the board of directors of the corporation (and thus, ultimately, each of its members) are required to protect – for example minority shareholders and creditors. [...]"
[Emphasis added]

- 4) In assessing whether a director has in fact exercised his or her duty in the best interests of the corporation rather than those of the nominating shareholder, the court will determine what was uppermost in the mind of the director after a reasonable analysis of the situation.

- 820099 *Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123, at para. 113. [Tab 50]

5) In the present case, Mr. Dea signed the Implementation Agreement on behalf of MPCo without having properly considered the interests of the Senior Secured Noteholders. During his examination on discovery, Mr. Dea first stated that he considered the interests of the Senior Secured Noteholders before agreeing to the transaction but a comprehensive review of his testimony reveals that, in fact, his only concern was the benefit Abitibi would gain from the Proposed Transaction:

- Excerpt from Mr. Dea's Examination of September 21, 2009, at pp. 40 (line 11) to 42 (line 19), 44 (line 2) to 44 (line 15), 62 (line 11) to 63 (line 12).

« Q. Est-ce que vous avez considéré l'intérêt des « Secured Noteholders » ?

R. Je dirais qu'on a considéré, j'ai considéré l'intérêt de tous les... parties prenantes. Puis, pour moi, la transaction dans son ensemble était une étape importante pour ABH puis ACI, dans le cadre de sa réorganisation.

Q. Mais est-ce que vous avez considéré les intérêts de tous ?

R. Oui.

Q. Est-ce que vous avez considéré, dans ça, l'intérêt des « Noteholders », des « Secured Noteholders » ?

R. Oui, dans le sens que éventuellement, cette transaction-là devait être bénéfique pour eux aussi.

Q. Comment ?

R. Comment ? Ça va créer des liquidité à l'intérieur d'Abitibi, puis éventuellement ça devrait favoriser... en ayant plus de liquidités, Abitibi va être capable de faire face à ses obligations plus facilement.

Q. Mais leur collatéral disparaît, par contre ?

R. Une partie.

Q. Une partie de leur collatéral.

R. Pas tout leur collatéral, là. Est-ce que je peux ajouter quelque chose ?

Q. Certainement.

R. Le collatéral ne disparaît pas complètement, parce qu'on vend l'actif contre quelque chose. On vend MPCo contre quelque chose. Donc, à l'intérieur d'Abitibi, il va avoir plus d'argent.

Q. *Mais cet argent-là est pas remis aux « Noteholders »?*

R. *Il n'y a pas de décision de prise là-dessus.*

Me GUY MARTEL :

On se rapproche du terrain de négociations qui ont présentement cours entre nos clients, Maître Gagnon.

Me FRANÇOIS GAGNON :

Q. *Donc, vous dites que... Quand est-ce que vous avez... Vous dites que vous avez pris l'intérêt, pris en considération l'intérêt de toutes les parties. Quand est-ce que vous avez fait ça? Avez-vous fait ça dans un processus formel ou informel avec vos autres collègues administrateurs de la MPCo?*

R. *Pas avec les autres collègues de MPCo. En termes de... en tant que trésorier je comprends bien que la vente d'actifs de MPCo est une étape importante pour réorganiser l'entreprise.*

Q. *Pour réorganiser ABH et ACCC?*

R. *C'est ça.*

Q. *Et donc, dans votre analyse, il était raisonnable qu'en bout de ligne MPCo cesse d'exister pour aider ACCC à se restructurer?*

R. *Dans mon analyse, il était raisonnable que Abitibi dispose de MPCo pour continuer sa réorganisation.*

[...]

Q. *Est-ce que vous avez considéré, à ce moment-là... Est-ce que vous saviez pourquoi Hydro-Québec et Alcoa préféraient une vente d'actifs plutôt qu'une vente d'actions?*

R. *Je pense qu'il y avait deux éléments qui amenaient là. Il y avait la... je vais utiliser le terme anglais, « issue », qui concernant le fonds de pension, puis il y avait aussi l'aspect taxes qui pouvait... ou impôt, qui pouvait être un enjeu aussi pour Hydro-Québec.*

Q. *Est-ce que vous avez considéré l'impact qu'aurait ce changement de structure-là sur les « Noteholders »?*

R. *Pas moi personnellement.*

[...]

Q. *Oui, si on va dans R-1. On parle d'approximativement cent quarante-cinq millions de dollars (145 M \$). Connaissez-vous une raison pour laquelle ses sommes-là ne seraient pas remise aux « Senior Secured Noteholders »?*

R. *Je pense que... je ne pense pas qu'on a eu de discussions à l'effet que ça devrait être complètement remis aux « Noteholders », ou ne devrait pas être remis, comme tel, là. Je n'ai pas eu de discussions à cet effet, là, moi-même.*

Q. Je comprends. Ma question est la suivante. Vous êtes en charge des finances...

R. Oui.

Q. ... chez ACCC. Est-ce que vous connaissez une raison pour laquelle ces sommes-là ne seraient pas remises aux « Senior Secured Noteholders »?

R. Une fois que la transaction va être complétée, tout ça, je pense qu'il va falloir revoir ensemble les besoins d'Abitibi, puis à partir de là, voir qu'est-ce qui peut... qu'est-ce qui pourrait être remis aux noteholders. [...] Comme trésorier, j'aimerais en garder le plus possible comme liquidités, si je peux ajouter. » [Emphasis added]

6) A failure to serve the interests of the corporation may invalidate transactions and expose the director concerned to liability:

➤ K.P. McGuiness, Canadian Business Corporations Law, 2nd ed., LexisNexis, at para. 1.135. [Tab 47]

"[...] While overlapping directorates are common, they worsen rather than mitigate the legal problems arising from a conflict of interests. As a general rule, although a director may be appointed to represent the interest of a single shareholder, any nominee director so appointed must serve the interests of the corporation as a whole. A failure to discharge this responsibility may invalidate transactions and expose the director concerned to liability. For instance, in Gray v. Yellowknife Gold Mines Ltd. the court was required to consider the fiduciary duties that were owed to two corporations where four of five directors of the one corporation also served on the board of directors of the other. In that case, the plaintiff attacked the validity of a transaction between the two corporations because of the lack of independence arising from the identity of the boards of directors of the two corporations. The court held that the transaction was void. [...]" [Emphasis added]

➤ Gray v. Yellowknife Gold Mines Ltd., 1947 CarswellOnt 87, Ont. C.A., at paras. 11, 21 and 22. [Tab 51]

7) Directors must be free to exercise their discretion and judgement without interference or direction from others. The courts have summarized this concept as follows:

➤ Ringuet v. Bergeron, [1960] S.C.R. 672, 1960 CarswellQue 46, at para. 29. [Tab 52]

"While majority shareholders may agree to vote their shares for certain purposes, they cannot by this agreement tie the hands of directors and

compel them to exercise the power of management of the company in a particular way. This appears in the following extract from the reasons of Pratte J. [in the Quebec Court of Appeal's underlying decision]

“Mais la situation des directeurs est bien différente de celle des actionnaires. Le directeur est désigné par les actionnaires, mais il n'est pas proprement parler leur mandataire; il est un administrateur chargé par la loi de gérer un patrimoine qui n'est ni le sien, ni celui de ses co-directeurs, ni celui des actionnaires, mais celui de la compagnie, une personne juridique absolument distincte à la fois de ceux qui la dirigent et de ceux qui en possèdent le capital actions. En cette qualité, le directeur doit agir en bonne conscience, dans le seul intérêt du patrimoine confié à sa gestion. Cela suppose qu'il a la liberté de choisir, au moment d'une décision à prendre, celle qui lui paraît la plus conforme aux intérêts sur lesquels la loi lui impose le devoir de veiller. ”

- 820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd. (1991), 3 B.L.R. (2d) 123, at para. 106: **[Tab 50]**

« It may well be that the corporate life of a nominee director who votes against the interest of his “appointing” shareholder will be neither happy nor long [...]. The nominee director's obligation to his “appointing” shareholder would seem to me to include his duty to tell the appointer that his requested course of action is wrong if the director in fact feels this way. [...] The nominee director cannot be a “Yes man.”; he must be an analytical person who can say “Yes” or “No” as the occasion requires (or to put it another ways, as the corporation requires). [Emphasis added]

- 8) In the present case, it is Mr. Dea's superiors at ACCC who authorized him to sign the Implementation Agreement on behalf of MPCo. The Implementation Agreement was prepared by ACCC and the Proposed Transaction was structured to serve ACCC's purposes:

- Excerpt from Mr. Dea's Examination of September 21, 2009, at pp. 20 (line 14) to 21 (line 25).

“Q. Qui vous a donné instruction de signer la lettre, la Implementation Agreement, pièce R-1?

R. M'a donné instruction?

Q. Oui.

R. O.K. Personne précisément m'a donné instruction pour signer la lettre autrement que je savais que c'était un dossier important, qu'on était rendu à ce point-là. On avait eu des conversations à l'effet qu'on complétait l'entente d'implantation, puis j'étais autorisé à signer. Je savais que mon patron le supportait, je savais que le conseil d'administration le supportait aussi. Ça fait que... mais personne m'a dit...

Q. Le conseil d'administration de qui?

R. D'AbitibiBowater.

Q. Et votre patron à vous, c'est?

R. C'est le CFO.

Q. Monsieur Harvey?

R. C'est ça. Puis j'étais au courant de la transaction suffisamment pour être à l'aise de signer le document.

Q. Mais avant de la signer, vous saviez que vous aviez le blessing de monsieur Harvey.

R. Oui.

Q. Et que vous aviez aussi le blessing du board d'AbitibiBowater.

R. Je savais que toute l'organisation supportait la transaction. Autrement, le service légal n'aurait pas emporté ce document à signer. Quand on m'amène à signer, c'est parce que tout le monde est d'accord.

Q. Qui vous a donné autorisation de signer au nom de Manicouagan Power Company?

R. Ma compréhension, c'est que je suis signataire de MPCo. Donc, en tant que représentant de MPCo, du côté Abitibi, je me sentais à l'aise de signer pour MPCo. » [Emphasis added]

- 9) The nominee director must make his own decision without acting under the instructions given by its nominating shareholder. Should the nominating shareholder force or control the decision that a director has to make for the corporation, that shareholder could then be liable for the prejudice that it caused:

- *PWA Corp. v. Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.* (1993) 101 D.L.R. (4th) 15 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 33. [Tab 49]
- *Standard Trust Co. (Liquidator of) v. Cattanach*, 1994 CarswellOnt 2372, (Ont. Gen. Div), at para. 5. [Tab 53]

"I am satisfied that if the controlling shareholders so controlled the directors so that they were puppets, doing their bidding to the detriment of Standard, its shareholders and creditors generally, that the controlling shareholders would be "acting in a capacity similar to, or performing functions of a director [or officers]."

- Paul Martel, *La compagnie au Québec: les aspect juridiques*, Vol. 1 electronic version, last update April 2009, at paras. 19-375.1-19.375.2. [Tab 48]

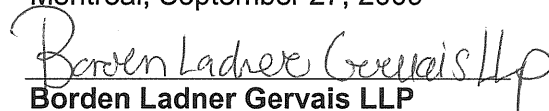
"L'actionnaire qui désigne un 'représentant' au conseil d'administration n'est pas non plus responsable des actes ou des fautes de ce représentant agissant comme administrateur. Ce représentant n'est en effet pas le mandataire de l'actionnaire, mais plutôt celui de la

compagnie. Même s'il est un préposé de l'actionnaire son rôle d'administrateur est personnel et ne peut être considéré comme faisant partie de l'exercice de ses fonctions de préposé, au sens de l'article 1463 du Code civil du Québec.

Toutefois, s'il est prouvé que l'actionnaire a obligé ou incité son représentant à violer ses devoirs contractuels de loyauté envers la compagnie, il peut encourir une responsabilité extracontractuelle pour le préjudice causé à celle-ci. [...] »

THE WHOLE, RESPECTFULLY SUBMITTED.

Montreal, September 27, 2009



Borden Ladner Gervais LLP

Attorneys for the Ad Hoc Committee
of the Senior Secured Noteholders
and U.S. Bank National Association,
Indenture Trustee for the Senior
Secured Notes

SUPERIOR COURT
(Commercial Division)
DISTRICT OF MONTRÉAL
No.: 500-11-036133-094

**IN THE MATTER OF THE PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF:**
ABITIBIBOWATER INC.

and
ABITIBI-CONSOLIDATED INC.

and
BOWATER CANADIAN HOLDINGS INC.

and
The other Petitioners listed on Schedules "A", "B" and "C"
and
The other Petitioners listed on Schedules "A", "B" and "C"

Petitioners

AND
ERNST & YOUNG INC.

Monitor

AND
The Ad Hoc Committee of the Senior Secured Noteholders
and U.S. Bank National Association, Indenture Trustee for
the Senior Secured Notes

Respondents

SUPPLEMENTAL ARGUMENT BRIEF

ORIGINAL

Borden Ladner Gervais LLP
Lawyers • Patent & Trade-mark Agents
1000 de La Gauchetière Street West
Suite 900, Montréal, Québec H3B 5H4
tel.: (514) 879-1212 fax: (514) 954-1905

Me Marc Duchesne File: 024330-000001