

Court File No. CV-19-615862-00CL
Court File No. CV-19-616077-00CL
Court File No. CV-19-616779-00CL

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST**

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE
OR ARRANGEMENT OF **JTI-MACDONALD CORP.**

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE
OR ARRANGEMENT OF **IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITED**
AND **IMPERIAL TOBACCO COMPANY LIMITED**

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE
OR ARRANGEMENT OF **ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.**

Applicants

JOINT BOOK OF AUTHORITIES OF THE IMPERIAL AND RBH MONITORS

**Motions for Sanction Orders and
CCAA Plan Administrator Appointment Orders
(Returnable commencing January 29, 2025)**

January 22, 2025

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
155 Wellington Street West
Toronto ON M5V 3J7

Natasha MacParland (LSO# 42383G)
Email: nmacparland@dwpv.com
Chanakya A. Sethi (LSO# 63492T)
Email: csethi@dwpv.com

Lawyers for the Imperial Monitor

CASSELS BROCK & BLACKWELL LLP
40 Temperance Street – Suite 3200
Toronto ON M5H 0B4

Shayne Kukulowicz (LSO# 30729S)
Email: skukulowicz@cassels.com
Monique Sassi (LSO# 63638L)
Email: msassi@cassels.com

Lawyers for the RBH Monitor

TABLE OF CONTENTS

Cases

1. *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, [2020 SCC 10](#)
2. *Canada v. Canada North Group Inc.*, [2021 SCC 30](#)
3. *Canadian Airlines Corp. (Re)*, [2000 ABQB 442](#)
4. *Canwest Global Communications Corp., Re*, [2010 ONSC 4209](#)
5. *Harte Gold Corp. (Re)*, [2022 ONSC 653](#)
6. *Imperial Tobacco Canada Limited*, [2023 ONSC 5449](#)
7. *Imperial Tobacco Canada Limited, et al, Re*, [2019 ONSC 1684](#)
8. *Imperial Tobacco Limited*, [2024 ONSC 6061](#)
9. *In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of JTI-Macdonald, Imperial Tobacco and Rothmans*, [2023 ONSC 2347](#)
10. *JTI-Macdonald Corp., Re*, [2019 ONSC 1625](#)
11. *Lydian International Limited (Re)*, [2020 ONSC 4006](#)
12. *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp., (Re)*, [2008 ONCA 587](#)
13. *Nelson Financial Group Ltd. (Re)*, [2011 ONSC 2750](#)
14. *Olympia & York Developments Ltd. (Re)*, [1993 CarswellOnt 182](#)
15. *Pacific Exploration & Production Corporation (Re)*, [2016 ONSC 5429](#)
16. *Re Green Relief Inc.*, [2020 ONSC 6837](#)
17. *Sammi Atlas Inc., Re*, [1998 CanLII 14900 \(ONSC\)](#)
18. *Sino-Forest Corporation (Re)*, [2012 ONSC 7050](#)

TAB 1

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

v.

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

and

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

- and -

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

v.

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

and

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

c.

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

et

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

- et -

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

c.

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

et

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

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

2020 SCC 10

File No.: 38594.

Hearing and judgment: January 23, 2020.

Reasons delivered: May 8, 2020.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR QUEBEC**

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

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

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

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

2020 CSC 10

N° du greffe : 38594.

Audition et jugement : 23 janvier 2020.

Motifs déposés : 8 mai 2020.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Wagner C.J. and Moldaver J.

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

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Moldaver

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

Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, aff'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.

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

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

Lois et règlements cités

- An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327.
Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019, L.C. 2019, c. 29, art. 133, 138, 140.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), a), b), c), d), e), f), g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), i), 23 à 25, 36.
Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).

Doctrine et autres documents cités

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The reasons for judgment of the Court were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J.—

I. Overview

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

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

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

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

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

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

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

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

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

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

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

II. Facts

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

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

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

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

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

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

II. Les faits

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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)).

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

B. The Initial Competing Plans of Arrangement

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

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

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

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

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

B. Les premiers plans d'arrangement concurrents

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 super-prioritaire de 20 millions de dollars en faveur de Bentham (« charge liée au financement du litige »).

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

[20] Callidus et certains créanciers non garantis qui ont voté en faveur de son plan (qui sont maintenant intimés au présent pourvoi et se font appeler le « groupe de créanciers ») contestent la demande de Bluberi au motif que l’AFL est un plan d’arrangement et qu’à ce titre, il doit être soumis au vote des créanciers².

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

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

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

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

III. Decisions Below

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

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

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

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

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

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

III. Historique judiciaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Issues

[37] These appeals raise two issues:

- (1) Did the supervising judge err in barring Callidus from voting on its New Plan on the basis that it was acting for an improper purpose?
- (2) Did the supervising judge err in approving the LFA as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA?

V. Analysis

A. *Preliminary Considerations*

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

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

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

IV. Questions en litige

[37] Les pourvois soulèvent deux questions :

- (1) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en empêchant Callidus de voter sur son nouveau plan au motif qu'elle agissait dans un but illégitime?
- (2) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en approuvant l'AFL en tant que plan de financement provisoire, selon les termes de l'art. 11.2 de la LACC?

V. Analyse

A. *Considérations préliminaires*

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

(1) The Evolving Nature of CCAA Proceedings

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

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

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

[39] La LACC est l’une des trois principales lois canadiennes en matière d’insolvabilité. Les autres sont la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985 c. B-3 (« LFI »), qui traite de l’insolvabilité des personnes physiques et des sociétés, et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985 c. W-11 (« LLR »), qui traite de l’insolvabilité des institutions financières et de certaines autres personnes morales, telles que les compagnies d’assurance (LLR, par. 6(1)). Bien que la LACC et la LFI permettent toutes deux la restructuration de compagnies insolubles, 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* (2^e éd. 2013), p. 4-5 et 14; Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 13-14; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 4-5).

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

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

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

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

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

[44] CCAA courts first began approving these forms of liquidation pursuant to the broad discretion conferred by the Act. The emergence of this practice was not without criticism, largely on the basis that it appeared to be inconsistent with the CCAA being a “restructuring statute” (see, e.g., *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, at paras. 15-16, aff’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).

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

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

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

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

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

[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 affaires³. Fait important, lorsque le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé l'adoption de l'art. 36, il a fait observer que la liquidation n'est pas nécessairement incompatible avec les objectifs réparateurs de la LACC et qu'il pourrait s'agir d'un moyen « soit pour obtenir des capitaux [et faciliter la restructuration] ou éviter des pertes plus graves aux créanciers, soit pour se concentrer sur ses activités solvables » (p. 163). D'autres auteurs ont observé que la liquidation peut [TRADUCTION] « être un moyen de restructurer une entreprise » en lui permettant de survivre, quoique sous une forme corporative différente ou sous la gouverne de propriétaires différents (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 169; voir aussi K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4^e éd. 2019), p. 311). D'ailleurs, dans l'arrêt *Indalex*, la compagnie a vendu ses actifs sous le régime de la LACC afin de protéger les emplois de son personnel, même si elle ne pouvait demeurer leur employeur (voir par. 51).

[46] 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Good faith

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

Good faith — powers of court

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

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

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

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

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

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

Bonne foi

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

Bonne foi — pouvoirs du tribunal

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

(Voir aussi *LFI*, art. 4.2; *Loi n° 1 d’exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, c. 29, art. 133 et 140.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Related creditors

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

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

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

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

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

Créancier lié

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

General power of court

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

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

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

(*Century Services*, par. 61; voir aussi par. 62). Dans l’arrêt *Century Services*, notre Cour a souscrit à l’approche « hiérarchisée » qui vise à déterminer si le tribunal a compétence pour sanctionner une mesure proposée : « . . . les tribunaux 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[78] Le juge surveillant a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote de Callidus viserait un but illégitime (par. 45 et 48). Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, Callidus avait choisi de n'évaluer *aucune partie* de sa réclamation à titre de créancier non garanti et s'était par la suite abstenue de voter — bien que le contrôleur l'ait expressément invité à le faire⁴. Le juge surveillant savait aussi que le premier plan de Callidus n'avait pas reçu l'aval des autres créanciers à l'assemblée des créanciers tenue le 15 décembre 2017, et que Callidus avait choisi de ne pas profiter de l'occasion pour modifier ou augmenter la valeur de son plan à ce moment-là, ce qu'elle était en droit de faire (voir LACC, art. 6 et 7; contrôleur, m.i., par. 17). Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan — qui était identique au premier plan, hormis la modeste augmentation de 250 000 \$ — les

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Bluberi’s LFA Should Be Approved as Interim Financing

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Interim financing

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

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

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

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

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

Financement temporaire

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

[87] L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire ressort du libellé du par. 11.2(1). Abstraction faite des protections concernant le préavis et les sûretés constituées avant le dépôt des procédures, le par. 11.2(1) ne prescrit aucune forme ou condition type⁵. Il prévoit simplement que le financement doit être d'un montant qui est « indiqué » et qui tient compte de « l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de [la compagnie] ».

⁵ Une autre exception a été codifiée dans les modifications apportées en 2019 à la LACC qui créent le par. 11.2(5) (voir *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019*, art. 138). Cet article prévoit que, lorsqu'une ordonnance relative à la demande initiale a été demandée, « le tribunal ne rend l'ordonnance visée au paragraphe [11.2](1) que s'il est également convaincu que les modalités du financement temporaire demandé sont limitées à ce qui est normalement nécessaire à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires durant cette période ». Cette disposition ne s'applique pas en l'espèce, et les parties ne l'ont pas invoquée. Toutefois, il se peut qu'elle ait pour effet d'empêcher les juges surveillants d'approuver des AFL à titre de financement temporaire au moment où l'ordonnance relative à la demande initiale est rendue.

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

Priority — secured creditors

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

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

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

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

Priorité — créanciers garantis

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

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

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

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

Factors to be considered

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

- (a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;
- (b) how the company’s business and financial affairs are to be managed during the proceedings;
- (c) whether the company’s management has the confidence of its major creditors;
- (d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;
- (e) the nature and value of the company’s property;
- (f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and
- (g) the monitor’s report referred to in paragraph 23(1)(b), if any.

(CCAA, s. 11.2(4))

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

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

Facteurs à prendre en considération

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

- a) la durée prévue des procédures intentées à l’égard de la compagnie sous le régime de la présente loi;
- b) la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures;
- c) la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants;
- d) la question de savoir si le prêt favorisera la conclusion d’une transaction ou d’un arrangement viable à l’égard de la compagnie;
- e) la nature et la valeur des biens de la compagnie;
- f) la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l’un ou l’autre des créanciers de la compagnie;
- g) le rapport du contrôleur visé à l’alinéa 23(1)b).

(LACC, par. 11.2(4))

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[93] Le financement d’un litige par un tiers met généralement en cause [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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(Houlden, Morawetz and Sarra, at §33)

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

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

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

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

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

(Houlden, Morawetz et Sarra, §33)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The facts of this case are unusual: there is a single “pot of gold” asset which, if realized, will provide significantly more than required to repay the creditors. The supervising judge was in the best position to balance the interests of all stakeholders. I am of the view that the supervising judge’s exercise of discretion in approving the Tenor DIP Loan was reasonable and appropriate, despite having the effect of constraining the negotiating position of the creditors.

...

... While the approval of the Tenor DIP Loan affected the Noteholders’ leverage in negotiating a plan, and has made the negotiation of a plan more complex, it did not compromise the terms of their indebtedness or take away any of their legal rights. It is accordingly not an arrangement, and a creditor vote was not required. [paras. 82 and 93]

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

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

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

[TRADUCTION] Les faits de l’espèce sont inhabituels : la « marmite d’or » ne contient qu’un seul élément d’actif qui, s’il est réalisé, rapportera beaucoup plus que ce qui est nécessaire pour rembourser les créanciers. Le juge surveillant était le mieux placé pour établir un équilibre entre les intérêts de toutes les parties intéressées. J’estime que l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d’approuver le prêt de DE Tenor était raisonnable et approprié, bien qu’il ait eu pour effet de limiter la position de négociation des créanciers.

...

... L’approbation du prêt de DE Tenor a certes amoindri l’influence que pouvaient exercer les détenteurs de billets lors de la négociation d’un plan, et rendu plus complexe la négociation d’un plan, mais ce prêt ne constituait pas une transaction visant les conditions de leurs dettes ni ne les privait de l’un de leurs droits reconnus par la loi. Il ne s’agit donc pas d’un arrangement, et un vote des créanciers n’était pas nécessaire. [par. 82 et 93]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Conclusion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Conclusion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

TAB 2

Her Majesty The Queen in Right of Canada
Appellant

v.

**Canada North Group Inc.,
Canada North Camps Inc.,
Campcorp Structures Ltd.,
DJ Catering Ltd.,
816956 Alberta Ltd.,
1371047 Alberta Ltd.,
1919209 Alberta Ltd.,
Ernst & Young Inc. in its capacity as
monitor and
Business Development Bank of Canada**
Respondents

and

**Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA v. CANADA NORTH
GROUP INC.**

2021 SCC 30

File No.: 38871.

2020: December 1; 2021: July 28.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
ALBERTA**

Bankruptcy and insolvency — Priority — Source deductions — Priming charges — Employee source deductions not remitted to Crown by companies in receivership — Judge supervising restructuring proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act ordering priming charges over debtor companies' assets in favour of interim lender, monitor and directors — Order giving priority to priming charges over claims of secured creditors and providing that they are not to be limited or impaired in any way by provisions of any federal or

Sa Majesté la Reine du chef du Canada
Appelante

c.

**Canada North Group Inc.,
Canada North Camps Inc.,
Campcorp Structures Ltd.,
DJ Catering Ltd.,
816956 Alberta Ltd.,
1371047 Alberta Ltd.,
1919209 Alberta Ltd.,
Ernst & Young Inc. en sa qualité de
contrôleur et
Banque de développement du Canada**
Intimées

et

**Institut d'insolvabilité du Canada et
Association canadienne des professionnels
de l'insolvabilité et de la réorganisation**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. CANADA NORTH
GROUP INC.**

2021 CSC 30

N° du greffe : 38871.

2020 : 1^{er} décembre; 2021 : 28 juillet.

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

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

Faillite et insolvabilité — Priorité — Retenues à la source — Charges super prioritaires — Retenues à la source des employés non versées à la Couronne par les compagnies mises sous séquestre — Juge chargé de surveiller la procédure de restructuration intentée sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies ordonnant que les actifs des compagnies soient grevés de charges super prioritaires en faveur du prêteur temporaire, du contrôleur et des administrateurs — Ordonnance accordant aux charges super

provincial statute — Property of debtor companies subject to deemed trust in favour of Crown for unremitted source deductions under Income Tax Act — Whether court has authority to rank priming charges ahead of Crown’s deemed trust for unremitted source deductions — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 227(4.1) — Companies’ Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2, 11.51, 11.52.

Canada North Group and six related corporations initiated restructuring proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act* (“CCAA”). In their initial CCAA application, they requested a package of relief including the creation of three priming charges (or court-ordered super-priority charges): an administration charge in favour of counsel, a monitor and a chief restructuring officer for the fees they incurred, a financing charge in favour of an interim lender, and a directors’ charge protecting their directors and officers against liabilities incurred after the commencement of the proceedings. The application included an affidavit from one of their directors attesting to a debt to Her Majesty The Queen for unremitted employee source deductions and GST. The CCAA judge made an order (“Initial Order”) that the priming charges were to “rank in priority to all other security interests, . . . charges and encumbrances, claims of secured creditors, statutory or otherwise”, and that they were not to be “otherwise . . . limited or impaired in any way by . . . the provisions of any federal or provincial statutes” (“Priming Charges”). The Crown subsequently filed a motion for variance, arguing that the Priming Charges could not take priority over the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *Income Tax Act* (“ITA”) for unremitted source deductions. The motion to vary was dismissed, and the Crown’s appeal to the Court of Appeal was also dismissed.

Held (Abella, Moldaver, Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Côté and Kasirer JJ.: The Priming Charges prevail over the deemed trust. Section 227(4.1)

prioritaires priorité sur les réclamations des créanciers garantis et précisant que ces charges ne doivent pas être limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale — Biens des compagnies débitrices assujettis à la fiducie réputée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées en application de la Loi de l’impôt sur le revenu — Le tribunal a-t-il le pouvoir d’accorder aux charges super prioritaires priorité de rang sur la fiducie réputée de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 227(4.1) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2, 11.51, 11.52.

Canada North Group et six sociétés liées ont intenté une procédure de restructuration sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). Dans la demande initiale qu’elles ont présentée en vertu de la LACC, elles réclamaient une série de mesures, y compris la création de trois charges super prioritaires : une charge visant des frais administratifs constituée en faveur des avocats, du contrôleur et du directeur de la restructuration pour les frais qu’ils ont engagés, une charge de financement en faveur d’un prêteur temporaire, et une charge constituée en faveur des administrateurs en vue de les protéger ainsi que les dirigeants contre les obligations contractées après l’introduction de l’instance. La demande comprenait un affidavit de l’un de leurs administrateurs pour attester l’existence d’une dette envers Sa Majesté la Reine à l’égard de la TPS et de retenues à la source des employés non versées. Le juge chargé d’appliquer la LACC a rendu une ordonnance (« ordonnance initiale ») précisant que les charges super prioritaires devaient avoir « priorité sur tou[tes] les autres [. . .], garanties, [. . .], charges et sûretés, créances de créanciers garantis, d’origine législative ou autre », et ne devaient pas être « autrement limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par [. . .] les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale ». La Couronne a par la suite déposé une requête en modification, plaidant que les charges super prioritaires ne pouvaient avoir priorité sur la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« LIR ») à l’égard des retenues à la source non versées. La requête en modification a été rejetée, tout comme l’appel de la Couronne à la Cour d’appel.

Arrêt (les juges Abella, Moldaver, Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Côté et Kasirer : Les charges super prioritaires l’emportent sur la fiducie

does not create a proprietary interest in the debtor's property. Further, a court-ordered super-priority charge under the *CCAA* is not a security interest within the meaning of s. 224(1.3) of the *ITA*. As a result, there is no conflict between s. 227(4.1) of the *ITA* and the Initial Order made in this case, or between the *ITA* and s. 11 of the *CCAA*.

In general, courts supervising a *CCAA* reorganization have the authority to order super-priority charges to facilitate the restructuring process. The most important feature of the *CCAA* is the broad discretionary power it vests in the supervising court: s. 11 of the *CCAA* confers jurisdiction on the supervising court to “make any order that it considers appropriate in the circumstances”. This jurisdiction is constrained only by restrictions set out in the *CCAA* itself and the requirement that the order made be appropriate in the circumstances — its general language is not restricted by the availability of more specific orders in ss. 11.2, 11.4, 11.51 and 11.52. As restructuring under the *CCAA* often requires the assistance of many professionals, giving super priority to priming charges in favour of those professionals is required to derive the most value for the stakeholders. For a monitor and financiers to put themselves at risk to restructure and develop assets, only to later discover that a deemed trust supersedes all claims, would defy fairness and common sense.

Her Majesty does not have a proprietary interest in a debtor's property that is adequate to prevent the exercise of a supervising judge's discretion to order super-priority charges under s. 11 of the *CCAA* or any of the sections that follow it. Section 227(4.1) does not create a beneficial interest that can be considered a proprietary interest, and it does not give the Crown the same property interest a common law trust would. Without attaching to specific property, creating the usual right to the enjoyment of property or the fiduciary obligations of a trustee, the interest created by s. 227(4.1) lacks the qualities that allow a court to refer to a beneficiary as a beneficial owner.

Furthermore, under Quebec civil law, it is clear that s. 227(4.1) does not establish a legal trust as it does not meet the three requirements set out in arts. 1260 and 1261 of the *Civil Code of Québec*. Although s. 227(4.1) provides

réputée. Le paragraphe 227(4.1) ne crée pas un intérêt à titre de propriétaire sur les biens du débiteur. En outre, une charge super prioritaire ordonnée par un tribunal en vertu de la *LACC* n'est pas une garantie au sens du par. 224(1.3) de la *LIR*. Il n'y a donc pas de conflit entre le par. 227(4.1) de la *LIR* et l'ordonnance initiale rendue en l'espèce, ni entre la *LIR* et l'art. 11 de la *LACC*.

En général, les tribunaux chargés de surveiller les restructurations sous le régime de la *LACC* ont le pouvoir d'ordonner des charges super prioritaires afin de faciliter le processus de restructuration. La caractéristique la plus importante de la *LACC* est le vaste pouvoir discrétionnaire qu'elle confère au tribunal de surveillance : l'art. 11 de la *LACC* accorde à ce tribunal le pouvoir de « rendre [...] toute ordonnance qu'il estime indiquée ». Ce pouvoir n'est limité que par les restrictions imposées par la *LACC* elle-même, ainsi que par la condition requérant que l'ordonnance soit indiquée dans les circonstances — la possibilité de rendre ces ordonnances plus spécifiques en vertu des art. 11.2, 11.4, 11.51 et 11.52 n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux qui y sont employés. Comme il faut souvent obtenir l'aide de nombreux professionnels pour restructurer une compagnie sous le régime de la *LACC*, il est nécessaire de constituer des charges super prioritaires en faveur de ces professionnels pour que les parties prenantes bénéficient d'une valorisation maximale. Il serait contraire à l'équité et au bon sens qu'un contrôleur et des prêteurs s'exposent à des risques afin de restructurer une compagnie et de l'aider à se développer, puis découvrent par la suite qu'une fiducie réputée prévaut sur l'ensemble des créances.

Sa Majesté n'a pas sur les biens du débiteur un intérêt à titre de propriétaire suffisant pour empêcher le juge surveillant d'ordonner des charges super prioritaires en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 11 de la *LACC*, ou de l'un ou l'autre des articles qui le suivent. Le paragraphe 227(4.1) ne crée pas un droit de bénéficiaire qui peut être considéré comme un intérêt à titre de propriétaire, et il ne confère pas à la Couronne le même droit de propriété qu'une fiducie de common law. N'étant associé à aucun bien précis, ce qui conférerait à son titulaire le droit habituel à la jouissance du bien ou lui imposerait les obligations d'un fiduciaire, l'intérêt créé par le par. 227(4.1) ne possède pas les attributs qui permettent à un tribunal de qualifier le bénéficiaire de propriétaire bénéficiaire.

En outre, en droit civil québécois, il est clair que le par. 227(4.1) ne crée pas de fiducie légale, car il ne satisfait pas aux trois conditions prévues aux art. 1260 et 1261 du *Code civil du Québec*. Bien que le par. 227(4.1)

that the assets are deemed to be held “separate and apart from the property of the person” and “to form no part of the estate or property of the person”, the main element of a civilian trust is absent in the deemed trust established by s. 227(4.1): no specific property is transferred to a trust patrimony, and there is no autonomous patrimony to which specific property is transferred.

Section 227(4.1) states that the Receiver General shall be paid the proceeds of a debtor’s property “in priority to all such security interests”, as defined in s. 224(1.3), but court-ordered super-priority charges under s. 11 of the CCAA or any of the sections that follow it are not security interests within the meaning of s. 224(1.3). Section 224(1.3) defines “security interest” as meaning “any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation” and including “an interest, or for civil law a right, created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for”. The grammatical structure of this provision evidences Parliament’s intent that the list have limiting effect, such that only the instruments enumerated and instruments that are similar in nature fall within the definition. Court-ordered super-priority charges are utterly different from any of the interests listed in s. 227(4.1) because they were not made for the sole benefit of the holder of the charge, nor were they made by consensual agreement or by operation of law. Instead, they were ordered by the CCAA judge to facilitate the restructuring in furtherance of the interests of all stakeholders. This interpretation is consistent with the presumption against tautology, which suggests that Parliament intended interpretive weight to be placed on the examples, and with the *ejusdem generis* principle, which limits the generality of the final words on the basis of the narrow enumeration that precedes them.

Preserving the deemed trusts under s. 37(2) of the CCAA does not modify the characteristics of these trusts. They continue to operate as they would have if the insolvent company had not sought CCAA protection. Similarly, granting Her Majesty the right to insist that a compromise or arrangement not be sanctioned by a court unless it provides for payment in full under s. 6(3) does not modify

dispose que les biens soient réputés détenus « séparés des propres biens de la personne » et « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne », on ne retrouve pas l’élément principal d’une fiducie civiliste dans la fiducie réputée créée en application du par. 227(4.1) : aucun bien précis n’est transféré au patrimoine fiduciaire, et il n’existe aucun patrimoine autonome auquel sont transférés des biens précis.

Le paragraphe 227(4.1) précise que le receveur général reçoit le produit découlant des biens du débiteur « par priorité sur une telle garantie », au sens du par. 224(1.3), mais les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal en vertu de l’art. 11 de la LACC ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent ne sont pas des garanties au sens du par. 224(1.3). Selon la définition de ce terme au par. 224(1.3), « garantie » s’entend d’un « [i]ntérêt ou, pour l’application du droit civil, [d’un] droit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement », et « [s]ont en particulier des garanties les intérêts ou, pour l’application du droit civil, les droits nés ou découlant de débentures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs ». La structure grammaticale de cette disposition témoigne de l’intention du législateur de restreindre la portée de l’énumération, si bien que seuls les instruments énumérés ou les instruments de nature similaire répondent à la définition. Les charges super prioritaires d’origine judiciaire sont radicalement différentes de n’importe lequel des intérêts énumérés au par. 227(4.1), puisqu’elles n’ont pas été constituées au seul bénéfice de leur détenteur, ni par accord consensuel ou par application de la loi. Elles ont plutôt été ordonnées par le juge chargé d’appliquer la LACC dans le but de faciliter la restructuration dans l’intérêt de toutes les parties prenantes. Cette interprétation s’accorde avec la présomption d’absence de tautologie, laquelle donne à penser que le législateur voulait que l’on attribue une valeur interprétative aux exemples, de même qu’avec la règle *ejusdem generis*, qui limite la portée générale des derniers termes sur la base de l’énumération des exemples précis qui les précède.

Le fait que les fiducies réputées soient protégées par le par. 37(2) de la LACC ne modifie en rien les caractéristiques de ces fiducies. Elles continuent à produire leur effet comme si la compagnie insolvable n’avait pas demandé la protection de la LACC. De même, le fait d’accorder à Sa Majesté le droit d’insister auprès du tribunal afin qu’il refuse d’homologuer une transaction ou un arrangement

the deemed trust created by s. 227(4.1) in any way. In any event, s. 6(3) comes into operation only at the end of the CCAA process when parties seek court approval of their arrangement or compromise.

Finally, whether Her Majesty is a “secured creditor” under the CCAA or not, the supervising court’s power in s. 11 provides a very broad jurisdiction that is not restricted by the availability of more specific orders. Although ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA may attach only to the property of the debtor’s company, there is no such restriction in s. 11. That said, courts should still recognize the distinct nature of Her Majesty’s interest and ensure that they grant a charge with priority over the deemed trust only when necessary.

Per Karakatsanis and Martin JJ.: There is no conflict between the ITA and CCAA provisions at issue in this appeal. The broad discretionary power under s. 11 of the CCAA permits a court to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions.

Section 227(4.1) of the ITA provides that a deemed trust attaches to property of the employer to the extent of unremitted source deductions “notwithstanding any security interest in such property” or “any other enactment of Canada”. Although this provision clearly specifies that the Crown’s right operates notwithstanding other security interests, the content of that right for the purposes of insolvency cannot be inferred solely from the text of the ITA. Section 227(4.1) states that the amount of the unremitted source deductions is “beneficially owned” by the Crown, but there is no settled doctrinal meaning of the term “beneficial ownership”, and s. 227(4.1) modifies even those features of beneficial ownership that are widely associated with it under the common law.

As a creature of statute, a statutory deemed trust does not have to fulfill the ordinary requirements of trust law. In the case of the deemed trust in s. 227(4.1), there is no identifiable trust property and therefore no certainty of subject matter. Moreover, without specific property being transferred to the trust patrimony, s. 227(4.1) does not satisfy the requirements of an autonomous patrimony contemplated by the *Civil Code of Québec* in arts. 1260, 1261 and 1278. As a result, s. 227(4.1) traces the value of the unremitted source deductions, capping the Crown’s

qui ne pourvoit pas au paiement intégral prévu au par. 6(3) ne modifie d’aucune façon la fiducie présumée créée par le par. 227(4.1). Quoi qu’il en soit, le par. 6(3) ne s’applique qu’à l’issue de la procédure de la LACC, lorsque les parties cherchent à faire homologuer par le tribunal leur arrangement ou leur transaction.

Enfin, que Sa Majesté soit ou non un « créancier garanti » au sens de la LACC, la possibilité de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre le vaste pouvoir conféré au tribunal de surveillance par l’art. 11. Même si les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la LACC peuvent se rattacher uniquement aux biens de la compagnie débitrice, aucune restriction de ce genre ne figure à l’art. 11. Cela dit, les tribunaux devraient tout de même reconnaître le caractère distinct de l’intérêt de Sa Majesté et n’accorder une charge ayant priorité sur la fiducie réputée que dans les cas où c’est nécessaire.

Les juges Karakatsanis et Martin : Il n’existe aucun conflit entre les dispositions de la LIR et celles de la LACC en cause dans le présent pourvoi. Le vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l’art. 11 de la LACC permet au tribunal de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées.

Le paragraphe 227(4.1) de la LIR prévoit qu’une fiducie réputée s’attache aux biens de l’employeur jusqu’à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées « malgré toute autre garantie sur ces biens » et « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral ». Bien que la disposition indique clairement que le droit de la Couronne s’applique malgré toute autre garantie, la teneur de ce droit dans un contexte d’insolvabilité ne peut être déduite uniquement du texte de la LIR. Le paragraphe 227(4.1) précise que la Couronne a un « droit de bénéficiaire » sur le montant des retenues à la source non versées, mais ce terme n’a pas de signification établie dans la doctrine, et ce paragraphe modifie même les caractéristiques qui sont généralement associées à ce droit de bénéficiaire dans la common law.

Tirant son origine de la législation, la fiducie réputée créée par la loi n’a pas à satisfaire aux exigences ordinaires du droit des fiducies. Dans le cas de la fiducie réputée au par. 227(4.1), les biens de la fiducie ne sont pas identifiables et il n’y a donc aucune certitude quant à sa matière. De plus, sans transfert de biens précis au patrimoine fiduciaire, le par. 227(4.1) ne satisfait pas aux conditions d’un patrimoine autonome prévues aux art. 1260, 1261 et 1278 du *Code civil du Québec*. Par conséquent, le par. 227(4.1) permet d’établir la valeur des retenues à la

right at that value, and the specific property that constitutes the debtor's estate remains unchanged, with the debtor continuing to have control over it.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* (“*BIA*”) and the *CCAA* each give the deemed trust meaning for their own purposes. The purpose of a *BIA* liquidation is to give the debtor a fresh start and pay out creditors to the extent possible. To realize these goals, the *BIA* is strictly rules-based and has a comprehensive scheme for the liquidation process. In the *BIA*, the deemed trust for unremitted source deductions appears in s. 67(3). Section 67(1)(a) excludes property held in trust by the bankrupt from property of the bankrupt that is divisible among creditors. Section 67(2) provides an exception for deemed trusts that are not true trusts. Section 67(3) provides a further exception by stating that s. 67(2) does not apply in respect of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions under the *ITA* and other statutes. The result of this scheme is that the debtor's estate — to the extent of the unremitted source deductions — is not “property of a bankrupt divisible among his creditors”, as required by s. 67(1) of the *BIA*. Section 67 therefore gives content to the Crown's right of beneficial ownership under s. 227(4.1) of the *ITA*: the amount of the unremitted source deductions is taken out of the pool of money that is distributed to creditors in a *BIA* liquidation.

In contrast, the purpose of the *CCAA* is remedial; it provides a means for companies to avoid the devastating social and economic consequences of commercial bankruptcies. Due to its remedial nature, the *CCAA* is famously skeletal in nature and there is no rigid formula for the division of assets. When a debtor's restructuring is on the table, the goal pivots, and interim financing is introduced to facilitate restructuring. Entitlements and priorities shift to accommodate the presence of the interim lender — a new and necessary player who is absent from the liquidation scheme under the *BIA*.

The Crown's right to unremitted source deductions in a *CCAA* restructuring is protected by both ss. 37(2) and 6(3) of the *CCAA*. Section 37(2) provides that the Crown continues to beneficially own the debtor's property equal in value to the unremitted source deductions; the unremitted source deductions “shall . . . be regarded as being held

source non versées, limitant automatiquement le droit de la Couronne à cette valeur, et les biens précis qui constituent le patrimoine du débiteur ne changent pas, le débiteur en conservant la maîtrise.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« *LFI* ») et la *LACC* donnent chacune à la fiducie réputée le sens qui convient à leurs fins. L'objectif d'une liquidation sous le régime de la *LFI* est de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ et de rembourser ses créanciers dans la mesure du possible. Pour réaliser ces objectifs, la *LFI* repose strictement sur des règles et elle établit un régime complet pour le processus de liquidation. Dans la *LFI*, la fiducie réputée créée à l'égard des retenues à la source non versées figure au par. 67(3). L'alinéa 67(1)a exclut du patrimoine attribué aux créanciers du failli les biens détenus par le failli en fiducie. Le paragraphe 67(2) prévoit une exception pour les fiducies réputées qui ne sont pas des fiducies véritables. Le paragraphe 67(3) établit une autre exception en mentionnant que le par. 67(2) ne s'applique pas à la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées prévues par la *LIR* et par d'autres lois. Il en résulte que le patrimoine du débiteur — jusqu'à concurrence du montant des retenues à la source non versées — ne fait pas partie des « biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers », comme l'exige le par. 67(1) de la *LFI*. L'article 67 détermine donc la teneur du droit de bénéficiaire de la Couronne prévu au par. 227(4.1) de la *LIR* : le montant des retenues à la source non versées est soustrait des fonds qui sont distribués aux créanciers dans le cadre d'une liquidation sous le régime de la *LFI*.

En revanche, la *LACC* est de nature réparatrice; elle fournit aux compagnies un moyen d'éviter les effets dévastateurs, tant sur le plan social qu'économique, d'une faillite commerciale. Étant donné son caractère réparateur, la *LACC* est notoirement schématique par nature, et il n'existe pas de formule stricte de répartition des actifs. Lorsqu'il est question de restructurer les affaires d'un débiteur, l'objectif change, et le financement temporaire est introduit pour faciliter la restructuration. Les droits et les priorités changent du fait de l'entrée en scène d'un acteur essentiel, le prêteur temporaire, lequel ne joue aucun rôle dans la liquidation aux termes de la *LFI*.

Le droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC* est protégé tant par le par. 37(2) que par le par. 6(3) de la *LACC*. Le paragraphe 37(2) prévoit que la Couronne conserve un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur jusqu'à concurrence du montant des retenues

in trust for Her Majesty”. Although this signals that, unlike deemed trusts captured by s. 37(1), the Crown’s deemed trust continues and confers a stronger right, s. 37(2) does not explain what to do with that right for the purposes of a *CCAA* proceeding. It does not, for example, provide that trust property should be put aside, as it would be in the *BIA* context. Section 6(3) gives specific effect to the Crown’s right by requiring that a plan of compromise provide for payment in full of the Crown’s deemed trust claims within six months of the plan’s approval. As such, the Crown can demand to be paid in full in priority to all “security interests”, including priming charges. The remedial goal of the *CCAA* is at the forefront of providing flexibility in preserving the Crown’s right to unremitted source deductions in s. 37(2), and in giving a concrete effect to that right in s. 6(3) of the *CCAA*. The fact that the Crown’s right under s. 227(4.1) of the *ITA* is treated differently between the two statutes is consistent with the different schemes and purposes of the *BIA* and *CCAA*.

Sections 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA*, which allow the court to order priming charges over a company’s property, do not give the court the authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions. Instead, that authority comes from s. 11 of the *CCAA*. Section 11 allows the court to make any order that it considers appropriate in the circumstances, subject to the requirements of good faith and due diligence on the part of the applicant. It can be used to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions for two reasons. First, ranking a priming charge ahead of the Crown’s deemed trust does not conflict with the *ITA* provision. So long as the Crown is paid in full under a plan of compromise, the Crown’s right under s. 227(4.1) remains intact “notwithstanding any security interest” in the amount of the unremitted source deductions. Second, depending on the circumstances, such an order may further the remedial objectives of the *CCAA*. Interim financing is often crucial to the restructuring process. If there is evidence that interim lending cannot be obtained without ranking the interim loan ahead of the Crown’s deemed trust, such an order could further the *CCAA*’s remedial goals. In general, the court should have flexibility to order super-priority charges in favour of parties whose function is to facilitate

à la source non versées, lesquelles sont « assimil[ées] à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté ». Bien que cela indique que, contrairement aux fiducies réputées visées par le par. 37(1), la fiducie réputée de la Couronne est maintenue et confère un droit plus fort, le par. 37(2) n’explique pas quoi faire de ce droit dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la *LACC*. Il ne prévoit pas, par exemple, que les biens de la fiducie devraient être écartés, comme ce serait le cas dans le contexte de la *LFI*. Le paragraphe 6(3) donne un effet précis au droit de la Couronne en exigeant que le plan de transaction prévoie le paiement intégral des créances de la Couronne visées par la fiducie réputée dans les six mois suivant l’homologation du plan. Par conséquent, la Couronne peut exiger que le plan prévoie le paiement intégral de sa créance par priorité sur toutes les « garanties », y compris les charges super prioritaires. L’objectif réparateur de la *LACC* joue un rôle de premier plan lorsqu’il s’agit de prévoir la souplesse nécessaire pour protéger le droit que le par. 37(2) confère à la Couronne sur les retenues à la source non versées et pour donner concrètement effet à ce droit prévu au par. 6(3) de la *LACC*. Le fait que les deux lois traitent différemment le droit que confère à la Couronne le par. 227(4.1) de la *LIR* est conforme aux régimes et aux objectifs différents de la *LFI* et de la *LACC*.

Les articles 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*, aux termes desquels un tribunal peut, par ordonnance, déclarer que les biens d’une compagnie sont grevés de charges super prioritaires, ne confèrent pas au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées. Ce pouvoir provient plutôt de l’art. 11 de la *LACC*. L’article 11 permet au tribunal de rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée, sous réserve du respect par le demandeur des exigences de bonne foi et de diligence voulue. Cette disposition peut, pour deux raisons, être utilisée pour faire passer toute charge super prioritaire devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées. Premièrement, le fait de faire passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée de la Couronne n’entre pas en conflit avec la disposition de la *LIR*. Dès lors que les sommes qui lui sont dues lui sont payées intégralement dans le cadre d’un plan de transaction, le droit que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) demeure intact « malgré toute autre garantie » sur le montant des retenues à la source non versées. Deuxièmement, selon les circonstances, une telle ordonnance peut favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. Le financement temporaire est souvent crucial

the proposal of a plan of compromise that, in any event, will be required to pay the Crown in full.

Per Abella, Brown and Rowe JJ. (dissenting): The appeal should be allowed. The text, context, and purpose of s. 227(4.1) of the *ITA* support the conclusion that s. 227(4.1) and the related deemed trust provisions under the *ITA*, the *CPP*, and the *EIA* (collectively, the “Fiscal Statutes”) bear only one plausible interpretation: the Crown’s deemed trust enjoys priority over all other claims, including priming charges granted under the *CCAA*. Parliament’s intention when it amended and expanded s. 227(4) and 227(4.1) of the *ITA* was clear and unmistakable: it granted this unassailable priority by employing the unequivocal language of “notwithstanding any . . . enactment of Canada”. This is a blanket paramountcy clause; it prevails over all other statutes. No similar “notwithstanding” provision appears in the *CCAA*. Indeed, it is quite the opposite: unlike most deemed trusts which are nullified in *CCAA* proceedings by the operation of s. 37(1) of the *CCAA*, s. 37(2) preserves the deemed trusts of the Fiscal Statutes.

The Fiscal Statutes give absolute priority to the deemed trusts for source deductions over all security interests notwithstanding the *CCAA*, and the priming charges provisions in ss. 11.2(1), 11.51(1) and 11.52(1) of the *CCAA* fall under the definition of “security interest”, because they are “interests in the debtor’s property securing payment or performance of an obligation”, i.e. the payment of the monitor, the interim lender, and directors. As the definition of “security interest” in the *ITA* includes “encumbrances of any kind, whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for”, there is no reason that the definition would preclude the inclusion of an interest that is designed to operate to the benefit of all creditors. This is sufficient to decide the appeal.

This finding does not leave the deemed trust provisions in the Fiscal Statutes in conflict with the *CCAA*. Section 11

pour le processus de restructuration. S’il est démontré que le financement temporaire ne peut être obtenu sans que le prêt temporaire prenne rang devant la fiducie réputée de la Couronne, pareille ordonnance pourrait favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. En général, les tribunaux devraient disposer de la latitude nécessaire pour ordonner des charges super prioritaires en faveur des parties dont la fonction est de faciliter la proposition d’un plan de transaction qui, dans tous les cas, devra prévoir le paiement intégral des sommes dues à la Couronne.

Les juges Abella, Brown et Rowe (dissidents) : Le pourvoi devrait être accueilli. Le texte, le contexte et l’objectif du par. 227(4.1) de la *LIR* appuient la conclusion selon laquelle il n’existe qu’une seule interprétation plausible de ce paragraphe et des dispositions connexes concernant la fiducie réputée qui figurent dans la *LIR*, le *RPC* et la *LAE* (collectivement, les « lois fiscales ») : la fiducie réputée de la Couronne a préséance sur toute autre réclamation, y compris sur les charges super prioritaires accordées en vertu de la *LACC*. Lorsque le législateur a modifié les par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR* et élargi leur portée, son intention était claire et sans équivoque. Il a accordé cette priorité inattaquable en employant ces termes non équivoques : « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral . . . » Il s’agit d’une disposition générale attributive de préséance; elle a préséance sur toute autre loi. Aucune disposition dérogoratoire semblable ne figure dans la *LACC*. En fait, c’est tout l’inverse : contrairement à la plupart des fiducies réputées qui sont neutralisées dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC* par l’application du par. 37(1) de la *LACC*, le par. 37(2) préserve la fiducie réputée prévue par les lois fiscales.

Les lois fiscales donnent à la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source priorité absolue sur toute garantie malgré la *LACC*, et les dispositions relatives aux charges super prioritaires figurant aux par. 11.2(1), 11.51(1) et 11.52(1) de la *LACC* entrent dans la définition de « garantie », puisqu’elles constituent un « [i]ntérêt [. . .] sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement », par exemple le paiement du contrôleur, du prêteur temporaire et des dirigeants. Comme la définition de « garantie » énoncée dans la *LIR* englobe les « charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs », il n’y a aucune raison pour laquelle la définition permettrait d’exclure une garantie conçue pour fonctionner au profit de tous les créanciers. Il n’en faut pas davantage pour trancher le pourvoi.

Cette conclusion n’a pas pour effet de créer de conflit entre les dispositions relatives à la fiducie réputée

of the *CCAA* contains a grant of broad supervisory discretion and the power to “make any order that it considers appropriate in the circumstances”, but that grant of authority is not unlimited. Parliament avoided any conflict between the *CCAA* and the *ITA* by imposing three restrictions that are significant here. First, although s. 37(1) of the *CCAA* provides that “property of the debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision”, s. 37(2) provides for the continued operation of the deemed trusts under the Fiscal Statutes in a *CCAA* proceeding. In addition, while the deemed trusts are not “true trusts” and the commingling of assets renders the money subject to the deemed trusts untraceable, tracing has no application to s. 227(4.1). Second, the unremitted source deductions are deemed not to form part of the property of the debtor’s company. If there is a default in remittances, the Crown is deemed to obtain beneficial ownership in the tax debtor’s property in the amount of the unremitted source deductions that it can collect “notwithstanding” any other enactment or security interest. However, priming charges can attach only to the debtor’s property, so the Crown’s interest under the deemed trust is not subject to the Priming Charges. Third, under the definition of “secured creditor” in s. 2 of the *CCAA*, the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes. That definition must be read as “secured creditor means . . . a holder of any bond of the debtor company secured by . . . a trust in respect of, all or any property of the debtor company”, which makes it manifestly clear that the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes.

Giving effect to Parliament’s clear intent to grant absolute priority to the deemed trust does not render s. 6(3) or s. 11.09 of the *CCAA* meaningless. To the contrary, s. 6(3) and s. 11.09 respect the ultimate priority of the deemed trusts by allowing for the ultimate priority of the Crown claim to persist, while not frustrating the remedial purpose of the *CCAA*. Section 6(3) of the *CCAA*, which protects the Crown’s claims under the deemed trusts as well as claims not subject to the deemed trusts under the Fiscal Statutes, operates only where there is an arrangement or compromise put to the court. In contrast, the deemed trusts

contenues dans les lois fiscales et la *LACC*. L’article 11 de la *LACC* confère au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire de surveillance ainsi que le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée », mais les pouvoirs conférés ne sont pas sans limites. Le législateur a évité tout conflit entre la *LACC* et la *LIR* en imposant trois restrictions qui importent en l’espèce. Premièrement, même si le par. 37(1) de la *LACC* précise qu’« aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [un bien détenu en fiducie pour Sa Majesté] par le seul effet d’une telle disposition », le par. 37(2) prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée créée par les lois fiscales dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la *LACC*. Qui plus est, bien que les fiducies réputées ne soient pas des « fiducie[s] véritable[s] » et que le regroupement des biens rende non identifiable le montant assujéti à la fiducie réputée, le retraçage de l’origine du montant ne s’applique pas au par. 227(4.1). Deuxièmement, les retenues à la source non versées sont réputées ne pas faire partie des biens de la compagnie débitrice. En cas de non-versement, la Couronne est réputée obtenir un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur fiscal jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées, droit dont elle peut se prévaloir « malgré » tout autre texte législatif ou toute autre garantie. Toutefois, les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’aux biens du débiteur, de telle sorte que l’intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée n’est pas subordonné aux charges super prioritaires. Troisièmement, selon la définition de « créancier garanti » énoncée à l’art. 2 de la *LACC*, la Couronne n’est pas un « créancier garanti » à l’égard de ses réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales. Cette définition de « créancier garanti » inclut donc un « détenteur de quelque obligation d’une compagnie débitrice garantie par [. . .] une fiducie à [l’égard de l’ensemble ou d’une partie des biens de la compagnie débitrice] », ce qui indique de façon tout à fait claire que la Couronne ne peut être considérée comme tel au regard des réclamations relatives à la fiducie réputée que lui accordent les lois fiscales.

Donner effet à l’intention claire du législateur d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée ne rend pas le par. 6(3) ou l’art. 11.09 de la *LACC* dénué de sens. Au contraire, le par. 6(3) et l’art. 11.09 respectent la priorité absolue de la fiducie réputée en permettant le maintien de la priorité absolue de la réclamation de la Couronne sans contrecarrer l’objet réparateur de la *LACC*. Le paragraphe 6(3) de la *LACC*, qui protège les réclamations de la Couronne au titre d’une fiducie réputée ainsi que les réclamations qui ne sont pas assujétiées à une fiducie réputée créée par les lois fiscales, s’applique seulement si une

arise immediately and operate continuously from the time the amount was deducted or withheld from employee's remuneration, and apply to only unremitted source deductions. Without s. 6(3), the Crown would be guaranteed entitlement only to unremitted source deductions when the court sanctions a compromise or arrangement, and not to its other claims under s. 224(1.2) of the *ITA*, because most of the Crown's claims rank as unsecured under s. 38 of the *CCAA*. However, s. 6(3) does not explain the survival of the deemed trust or the rights conferred on the Crown under the deemed trust. Their survival is explained by s. 37(2), which continues the operation of s. 227(4.1), or by s. 227(4.1), which provides that the proceeds of the trust property "shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests". Finally, s. 6(3) protects different interests than those captured by the deemed trusts, and the right not to have to compromise under s. 6(3) is a right independent of the Crown's right under deemed trusts.

Section 11.09 of the *CCAA*, which permits the court to stay the Crown's enforcement of its claims under the deemed trust claims, can apply to the Crown's deemed trust claims, but it does not remove the priority granted by the deemed trusts.

Further, no concerns regarding certainty of subject matter or autonomous patrimony arise here. The deemed trust is not a "true" trust and it does not confer an ownership interest or the rights of a beneficiary to the Crown as they are understood at common law or within the meaning of the *Civil Code of Québec*. The requirements of "true" trusts of civil and common law are irrelevant to ascertaining the operation of a statutorily deemed trust as the deemed trust is a legal fiction with *sui generis* characteristics that are described in s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*.

Finally, concluding that the deemed trusts under the Fiscal Statutes have priority over the priming charges would not lead to absurd consequences. The conclusion that interim financing would simply end was not supported by the record, and there are usually enough funds available to satisfy both the Crown claim and the court-ordered priming charges. Equally unfounded is the claim that confirming the priority of the deemed trusts would inject an unacceptable level of uncertainty into the insolvency

transaction ou un arrangement est soumis au tribunal. En revanche, la fiducie réputée s'applique immédiatement et de façon continue à compter du moment où le montant est déduit ou retenu sur le salaire d'un employé, et elle s'applique uniquement aux retenues à la source non versées. En l'absence du par. 6(3), les réclamations de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées seraient garanties une fois que le tribunal aurait homologué une transaction ou un arrangement, mais pas ses autres réclamations visées par le par. 224(1.2) de la *LIR*, étant donné que la plupart des réclamations de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties en application de l'art. 38 de la *LACC*. Toutefois, le par. 6(3) n'explique ni la survie de la fiducie réputée ni les droits conférés à la Couronne au titre de la fiducie réputée. Leur survie s'explique par le par. 37(2), qui maintient l'application du par. 227(4.1), ou par le par. 227(4.1), lequel précise que le produit des biens de la fiducie « est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie ». Enfin, le par. 6(3) protège des droits différents de ceux visés par la fiducie réputée, et le droit de ne pas avoir à transiger qu'accorde le par. 6(3) est indépendant du droit de la Couronne au titre de la fiducie réputée.

L'article 11.09 de la *LACC*, qui permet au tribunal de suspendre l'exercice par la Couronne de ses droits à l'égard de ses réclamations relatives à une fiducie réputée, peut s'appliquer à ces réclamations de la Couronne, mais il n'écarte pas la priorité accordée par la fiducie réputée.

En outre, il n'existe en l'espèce aucune préoccupation concernant la certitude quant à la matière ou le patrimoine autonome. La fiducie réputée n'est pas une fiducie « véritable » et elle ne confère pas à la Couronne un intérêt propriétaire ou des droits de bénéficiaire tels qu'on les entend en common law ou au sens du *Code civil du Québec*. Les conditions des fiducies « véritables » en droit civil et en common law ne sont d'aucune utilité pour déterminer le fonctionnement d'une fiducie réputée créée en application de la loi, puisque la fiducie réputée est une fiction juridique assortie de caractéristiques *sui generis* décrites aux par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR*.

Enfin, le fait de conclure que la fiducie réputée créée par les lois fiscales a préséance sur les charges super prioritaires n'entraînerait pas de conséquences absurdes. La conclusion selon laquelle le financement temporaire prendrait tout simplement fin n'était pas étayée par le dossier, et les fonds disponibles suffisent généralement à couvrir la réclamation de la Couronne et les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal. Est également sans fondement l'affirmation suivant laquelle le fait de

process. Interim lenders can rely on the company's financial statements to evaluate the risk of providing financing.

Per Moldaver J. (dissenting): There is substantial agreement with the analysis and conclusions of Brown and Rowe JJ. However, there are two points to be addressed. First, the question of the nature of the Crown's interest should be left to another day. This is because, properly interpreted, the relevant provisions of the *CCAA* and *ITA* work in harmony to direct that the Crown's interest under s. 227(4.1) of the *ITA* — in whatever form it takes — must be given priority over court-ordered priming charges. This conclusion is sufficient to dispose of the appeal.

Second, while there is agreement that s. 37(2) of the *CCAA* can be interpreted as an internal restriction on s. 11, if this interpretation is mistaken, s. 11 is nonetheless restricted by s. 227(4.1), as Parliament has expressly indicated the supremacy of s. 227(4.1) over the provisions of the *CCAA*. The Crown's deemed trust claim must thus take priority over all court-ordered priming charges, whether they arise under the specific priming charge provisions, or under the court's discretionary authority. A necessary consequence of the absolute supremacy of the Crown's deemed trust claim is that the Crown's interest under s. 227(4.1) cannot be given effect by s. 6(3) of the *CCAA*. Unlike s. 227(4.1), which is focused on ensuring the priority of the Crown's claim, s. 6(3) merely establishes a six-month timeframe for payment to the Crown in the event that the debtor company succeeds in staying viable as a going concern. Accordingly, if s. 6(3) gave effect to the Crown's interest, the Crown could be ranked last, so long as it is paid within six months of any arrangement. Such an outcome would be plainly inconsistent with the absolute priority of the Crown's claim. Further, as s. 6(3) does not apply where a liquidation occurs under the *CCAA*, the Crown would be deprived of its priority over security interests in such circumstances.

It cannot be doubted that Parliament considered the potential consequences of its legislative actions, including any consequences for *CCAA* proceedings. If circumstances do arise in which the priority of the Crown's claim threatens the viability of a particular restructuring, it clearly lies with the Crown to be flexible so as to avoid

confirmer la priorité de la fiducie réputée introduirait un niveau d'incertitude inacceptable dans le processus de faillite. Les prêteurs temporaires peuvent se fonder sur les états financiers de la compagnie pour évaluer le risque d'offrir un financement.

Le juge Moldaver (dissident) : Il y a accord, pour l'essentiel, avec l'analyse et les conclusions des juges Brown et Rowe. Toutefois, deux points doivent être abordés. En premier lieu, l'examen de la nature du droit de la Couronne devrait être remis à une autre occasion. C'est le cas parce que, correctement interprétées, les dispositions pertinentes de la *LACC* et de la *LIR* s'harmonisent de façon à ce que l'intérêt que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR* — quel qu'il soit — ait priorité sur les charges super prioritaires d'origine judiciaire. Cette conclusion suffit pour trancher le pourvoi.

En deuxième lieu, bien qu'il y ait accord pour dire que le par. 37(2) de la *LACC* peut être interprété comme une restriction interne à l'art. 11, si cette interprétation est inexacte, la portée de l'art. 11 est néanmoins restreinte par le par. 227(4.1), étant donné que le législateur a expressément indiqué que ce paragraphe a priorité sur les dispositions de la *LACC*. La réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie réputée a donc priorité sur toutes les charges super prioritaires d'origine judiciaire, peu importe que celles-ci aient été créées en vertu des dispositions expresses à cet effet ou en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Une conséquence nécessaire de la primauté absolue dont jouit la réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie présumée est que le par. 6(3) de la *LACC* ne permet pas de donner effet à l'intérêt conféré à la Couronne par le par. 227(4.1). À l'inverse du par. 227(4.1), qui vise à accorder priorité à la réclamation de la Couronne, le par. 6(3) établit simplement un délai de six mois pour payer la Couronne au cas où la compagnie débitrice parviendrait à assurer sa viabilité. Par conséquent, si le par. 6(3) donnait effet à l'intérêt de la Couronne, celle-ci pourrait être reléguée au dernier rang pourvu qu'elle soit payée dans les six mois suivant tout arrangement. Un tel résultat serait de toute évidence incompatible avec la priorité absolue accordée à la réclamation de la Couronne. De plus, puisque le par. 6(3) ne s'applique pas en cas de liquidation sous le régime de la *LACC*, la Couronne perdrait alors sa priorité au profit d'autres garanties.

Il ne fait aucun doute que le législateur a réfléchi aux conséquences possibles de ses mesures législatives, y compris sur les procédures engagées sous le régime de la *LACC*. S'il devait arriver que la priorité accordée à la réclamation de la Couronne menace la viabilité d'une restructuration, c'est de toute évidence à la Couronne

any consequences that would undermine the remedial purposes of the CCAA.

Cases Cited

By Côté J.

Distinguished: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; **considered:** *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94; **referred to:** *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368; *Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299; *Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758; *Valard Construction Ltd. v. Bird Construction Co.*, 2018 SCC 8, [2018] 1 S.C.R. 224; *Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795; *Csak v. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715.

By Karakatsanis J.

Considered: *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009]

qu'il appartient de faire preuve de souplesse afin d'éviter toute conséquence qui compromettrait l'objet réparateur de la LACC.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Distinction d'avec l'arrêt : *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; **arrêts examinés :** *First Vancouver Finance c. M.N.R.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94; **arrêts mentionnés :** *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368; *Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146; *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299; *Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202; *Chef Ready Foods Ltd. c. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758; *Valard Construction Ltd. c. Bird Construction Co.*, 2018 CSC 8, [2018] 1 R.C.S. 224; *Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795; *Csak c. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts examinés : *First Vancouver Finance c. M.N.R.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009]

3 S.C.R. 286; **referred to:** *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166; *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 952; *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Guarantee Company of North America v. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. v. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *Foskett v. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102; *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273; *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274.

By Brown and Rowe JJ. (dissenting)

Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp., [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758; *R. v. Verette*, [1978] 2 S.C.R. 838; *Toronto-Dominion Bank v. Canada*, 2020 FCA 80, [2020] 3 F.C.R. 201; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94; *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237; *Minister of National Revenue v. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278; *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; *9354-9186 Québec inc. v. Callidus*

3 R.C.S. 286; **arrêts mentionnés :** *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallurgistes*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166; *Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée*, [1987] 1 R.C.S. 952; *Town of Lunenburg c. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Guarantee Company of North America c. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. c. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *Foskett c. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102; *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, [2020] 1 R.C.S. 521; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273; *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274.

Citée par les juges Brown et Rowe (dissidents)

Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp., [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758; *R. c. Verette*, [1978] 2 R.C.S. 838; *Banque Toronto-Dominion c. Canada*, 2020 CAF 80, [2020] 3 R.C.F. 201; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94; *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237; *Minister of National Revenue c. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278; *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; *9354-9186 Québec inc.*

Capital Corp., 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 475; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686.

By Moldaver J. (dissenting)

9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 43(1), 50.4(1), 67, 81.1, 81.2, 86(3).
Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23(3), (4).
Civil Code of Québec, arts. 1260, 1261, 1278, 1306, 1313.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1) "secured creditor", 3(1), 6(3), 10(2)(c), 11, 11.09, 11.2, 11.4, 11.51, 11.52, 36, 37 to 39.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 23(4), 86(2), (2.1).
Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(5) "security interest", 116, 153(1), Part XII.5, Part XIII, 222, 223(1) to (3), (5), (6), 224(1), (1.2), (1.3) "secured creditor", "security interest", 227(4), (4.1), (4.2), (9), (9.2), (9.3), (9.4), (10.1), (10.2).
Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 2201.
Income War Tax Act, R.S.C. 1927, c. 97 [previously S.C. 1917, c. 28], s. 92(6), (7) [ad. 1942-43, c. 28, s. 31].
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 8.1, 8.2.
Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/99-322, *Canada Gazette*, Part II, vol. 133, No. 17, August 18, 1999, pp. 2041-42.
Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 11th ed., by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2019, "beneficial owner".

c. Callidus Capital Corp., 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, [2020] 1 R.C.S. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 475; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1260, 1261, 1278, 1306, 1313.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 8.1, 8.2.
Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.R.C. 1927, c. 97 [auparavant S.C. 1917, c. 28], art. 92(6), (7) [aj. 1942-1943, c. 28, art. 31].
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 18(5) « garantie », 116, 153(1), partie XII.5, partie XIII, 222, 223(1) à (3), (5), (6), 224(1), (1.2), (1.3) « créancier garanti », « garantie », 227(4), (4.1), (4.2), (9), (9.2), (9.3), (9.4), (10.1), (10.2).
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, c. 23, art. 23(4), 86(2), (2.1).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 43(1), 50.4(1), 67, 81.1, 81.2, 86(3).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, c. E-15, art. 222(3).
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1) « créancier garanti », 3(1), 6(3), 10(2)c), 11, 11.09, 11.2, 11.4, 11.51, 11.52, 36, 37 à 39.
Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, c. C-8, art. 23(3), (4).
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., c. 945, art. 2201.
Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/99-322, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 133, n^o 17, 18 août 1999, p. 2041-2042.

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 11th ed., by Bryan A. Garner, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2019, « *beneficial owner* ».

- Brender, Mark D. “Beneficial Ownership in Canadian Income Tax Law: Required Reform and Impact on Harmonization of Quebec Civil Law and Federal Legislation” (2003), 51 *Can. Tax J.* 311.
- Brown, Catherine. “Beneficial Ownership and the Income Tax Act” (2003), 51 *Can. Tax J.* 401.
- Canada. Canada Revenue Agency. *Tax collections policies* (online: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/publications/ic98-1/tax-collections-policies.html>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_1_eng.pdf).
- Canada. Department of Finance. *Unremitted Source Deductions and Unpaid GST*. Ottawa, April 7, 1997.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh, and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- Duggan, Anthony, and Jacob Ziegel. “Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security” (2007), 57 *U.T.L.J.* 227.
- Gillese, Eileen E. *The Law of Trusts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2014.
- Grenon, Aline. “Common Law and Statutory Trusts: In Search of Missing Links” (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109. *Halsbury’s Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency*, 2017 Reissue, contributed by Michael J. Hanlon. Toronto: LexisNexis, 2017.
- Hanlon, Michael J., Vicki Tickle, and Emily Csiszar. “Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown’s Deemed Trust for Source Deductions”, in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*. Toronto: Thomson Reuters, 2019, 897.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz, and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. rev. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2021, release 3).
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated 2021, release 2).
- Lamoureux, Martin. *The Harmonization of Tax Legislation Dissociation: A Mechanism of Exception Part III* (online: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/lamou/harm3.html>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_2_eng.pdf).
- Le Robert* (online: <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/particulier>), “en particulier”.
- McFarlane, Ben, and Robert Stevens. “The nature of equitable property” (2010), 4 *J. Eq.* 1.
- Brender, Mark D. « Propriété effective dans la législation fiscale canadienne : Réforme nécessaire et incidences sur l’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil du Québec » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 355.
- Brown, Catherine. « Propriété effective et Loi de l’impôt sur le revenu » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 454.
- Canada. Agence du revenu du Canada. *Politiques de recouvrement de l’impôt* (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/formulaires-publications/publications/ic98-1/politiques-recouvrement-impot.html>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_1_fra.pdf).
- Canada. Ministère des Finances. *Retenues à la source non versées et TPS impayée*, Ottawa, 7 avril 1997.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh, and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- Duggan, Anthony, and Jacob Ziegel. « Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security » (2007), 57 *U.T.L.J.* 227.
- Gillese, Eileen E. *The Law of Trusts*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2014.
- Grenon, Aline. « Common Law and Statutory Trusts : In Search of Missing Links » (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109. *Halsbury’s Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency*, 2017 Reissue, contributed by Michael J. Hanlon, Toronto, LexisNexis, 2017.
- Hanlon, Michael J., Vicki Tickle, and Emily Csiszar. « Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown’s Deemed Trust for Source Deductions », in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 897.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz, and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. rev., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2021, release 3).
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*, Toronto, Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated 2021, release 2).
- Lamoureux, Martin. *L’harmonisation des lois fiscales — La dissociation : un mécanisme d’exception Partie III* (en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/lamou/harm3.html>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_2_fra.pdf).
- Le Robert* (en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/particulier>), « en particulier ».
- McFarlane, Ben, and Robert Stevens. « The nature of equitable property » (2010), 4 *J. Eq.* 1.

- Penner, J. E. “The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust” (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473.
- Prévost, Alain. “Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite?” (2016), 75 *R. du B.* 23.
- Salembier, Paul. *Legal and Legislative Drafting*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.
- Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz, and L. W. Houlden. *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act*. Toronto: Thomson Reuters, 2020.
- Simard, Roger P. “Priorités et droits spéciaux de la couronne”, dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Sûretés*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal: LexisNexis, 2011, fascicule 4 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2020, envoi n° 17).
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Smith, Lionel D. “Trust and Patrimony” (2008), 38 *R.G.D.* 379.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Waters, D. W. M. “The Nature of the Trust Beneficiary’s Interest” (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 219.
- Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed., by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen, and Lionel D. Smith. Toronto: Carswell, 2012.
- Wood, Roderick J. “Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*” (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85.
- Wood, Roderick J. “The Floating Charge in Canada” (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191.
- Wood, Roderick J., and Rick T. G. Reeson. “The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust: *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.*” (2000), 15 *B.F.L.R.* 515.
- Ziegel, Jacob S. “Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges: *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue*” (2004), 45 *C.B.R.* (4th) 244.
- Penner, J. E. « The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust » (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473.
- Prévost, Alain. « Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite? » (2016), 75 *R. du B.* 23.
- Salembier, Paul. *Legal and Legislative Drafting*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.
- Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden. *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act*, Toronto, Thomson Reuters, 2020.
- Simard, Roger P. « Priorités et droits spéciaux de la couronne », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Sûretés*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2011, fascicule 4 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2020, envoi n° 17).
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- Smith, Lionel D. « Trust and Patrimony » (2008), 38 *R.G.D.* 379.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Waters, D. W. M. « The Nature of the Trust Beneficiary’s Interest » (1967), 45 *R. du B. can.* 219.
- Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed., by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen, and Lionel D. Smith, Toronto, Carswell, 2012.
- Wood, Roderick J. « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85.
- Wood, Roderick J. « The Floating Charge in Canada » (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191.
- Wood, Roderick J., and Rick T. G. Reeson. « The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust : *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.* » (2000), 15 *B.F.L.R.* 515.
- Ziegel, Jacob S. « Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges : *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue* » (2004), 45 *C.B.R.* (4th) 244.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Rowbotham, Wakeling and Schutz J.J.A.), 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29, 437 D.L.R. (4th) 122, 72 C.B.R. (6th) 161, 95 B.L.R. (5th) 222, [2019] 12 W.W.R. 635, 11 P.P.S.A.C. (4th) 157, 2019 D.T.C. 5111, [2019] A.J. No. 1154 (QL), 2019 CarswellAlta 1815 (WL Can.), affirming a decision of Topolniski J., 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103, 52 C.B.R. (6th) 308, [2018] 2 W.W.R. 731, [2017] A.J. No. 930 (QL), 2017 CarswellAlta 1631

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Rowbotham, Wakeling et Schutz), 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29, 437 D.L.R. (4th) 122, 72 C.B.R. (6th) 161, 95 B.L.R. (5th) 222, [2019] 12 W.W.R. 635, 11 P.P.S.A.C. (4th) 157, 2019 D.T.C. 5111, [2019] A.J. No. 1154 (QL), 2019 CarswellAlta 1815 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Topolniski, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103, 52 C.B.R. (6th) 308, [2018] 2 W.W.R. 731, [2017] A.J. No. 930 (QL),

(WL Can.). Appeal dismissed, Abella, Moldaver, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Michael Taylor and Louis L'Heureux, for the appellant.

Darren R. Bieganek, Q.C., and *Brad Angove*, for the respondents Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc., Campcorp Structures Ltd., DJ Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd., 1371047 Alberta Ltd., 1919209 Alberta Ltd. and Ernst & Young Inc. in its capacity as monitor.

Jeffrey Oliver and Mary I. A. Buttery, Q.C., for the respondent the Business Development Bank of Canada.

Kelly J. Bourassa, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

Randal Van de Mosselaer, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

The reasons of Wagner C.J. and Côté and Kasirer JJ. were delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[1] The *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), has a long and storied history. From its origins in the Great Depression to its revival and reinvention during the 1970s and 1980s, the CCAA has played an important role in Canada's economy. Today, the CCAA provides an opportunity for insolvent companies with more than \$5,000,000 in liabilities to restructure their affairs through a plan of arrangement. The goal of the CCAA process is to avoid bankruptcy and maximize value for all stakeholders.

[2] In order to facilitate the restructuring process, courts supervising CCAA restructurings may

2017 CarswellAlta 1631 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Abella, Moldaver, Brown et Rowe sont dissidents.

Michael Taylor et Louis L'Heureux, pour l'appelante.

Darren R. Bieganek, c.r., et *Brad Angove*, pour les intimées Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc., Campcorp Structures Ltd., DJ Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd., 1371047 Alberta Ltd., 1919209 Alberta Ltd. et Ernst & Young Inc. en sa qualité de contrôleur.

Jeffrey Oliver et Mary I. A. Buttery, c.r., pour l'intimée la Banque de développement du Canada.

Kelly J. Bourassa, pour l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada.

Randal Van de Mosselaer, pour l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Côté et Kasirer rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Vue d'ensemble

[1] L'histoire de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »), est longue et mouvementée. Depuis ses origines, à l'époque de la Grande Dépression, jusqu'à sa renaissance et sa métamorphose dans les années 1970 et 1980, la LACC n'a jamais cessé de jouer un rôle important dans l'économie canadienne. De nos jours, elle offre aux compagnies insolubles dont le passif excède cinq millions de dollars la possibilité de restructurer leurs affaires au moyen d'un plan d'arrangement. Le processus qu'elle prévoit a pour but d'éviter la faillite et de maximiser la valeur pour toutes les parties prenantes.

[2] Afin de faciliter le processus de restructuration, les tribunaux chargés de le surveiller peuvent autoriser

authorize an insolvent company to incur certain critical costs associated with this process. Supervising courts may also secure payment of these costs by ordering a super-priority charge against the insolvent company's assets. Today, our Court is called upon to determine whether a supervising court may order super-priority charges over assets that are subject to a claim of Her Majesty protected by a deemed trust created by s. 227(4.1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*").

[3] The Crown raises two arguments as to why a supervising court should be unable to subordinate Her Majesty's interest to super-priority charges. First, the Crown says that s. 227(4.1) creates a proprietary interest in a debtor's assets and a court cannot attach a super-priority charge to assets subject to Her Majesty's interest. Second, the Crown says that even if s. 227(4.1) does not create a proprietary interest, it creates a security interest that has statutory priority over all other security interests, including super-priority charges.

[4] Both of these arguments must fail. As this Court has previously held, the *CCAA* generally empowers supervising judges to order super-priority charges that have priority over all other claims, including claims protected by deemed trusts. In all cases where a supervising court is faced with a deemed trust, the court must assess the nature of the interest established by the empowering enactment, and not simply rely on the title of deemed trust. In this case, when the relevant provisions of the *ITA* are examined in their entirety, it is clear that the *ITA* does not establish a proprietary interest because Her Majesty's claim does not attach to any specific asset. Further, there is no conflict between the *CCAA* order and the *ITA*, as the deemed trust created by the *ITA* has priority only over a defined set of security interests. A super-priority charge ordered under s. 11 of the *CCAA* does not fall within that definition. For the reasons that follow, I would therefore dismiss the appeal.

une compagnie insolvable à effectuer certaines dépenses importantes dans le cadre de ce processus. Ces tribunaux peuvent également garantir le paiement de ces dépenses par la constitution d'une charge super prioritaire grevant l'actif de la compagnie insolvable. Aujourd'hui, la Cour est appelée à décider si le juge surveillant peut grever de charges super prioritaires les actifs qui font l'objet d'une créance de Sa Majesté protégée par une fiducie réputée créée en vertu du par. 227(4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »).

[3] La Couronne fait valoir deux arguments en raison desquels un juge surveillant ne devrait pas pouvoir subordonner l'intérêt de Sa Majesté à des charges super prioritaires. En premier lieu, la Couronne affirme que le par. 227(4.1) crée un intérêt à titre de propriétaire dans les biens du débiteur et que le tribunal ne peut pas grever d'une charge super prioritaire les biens faisant l'objet d'un intérêt de Sa Majesté. En second lieu, la Couronne affirme que, même si le par. 227(4.1) ne crée pas d'intérêt à titre de propriétaire, il crée, en vertu de la loi, une garantie qui a priorité sur toutes les autres garanties, y compris les charges super prioritaires.

[4] Ces deux arguments doivent être rejetés. Ainsi que notre Cour l'a déjà jugé, la *LACC* habilite de façon générale les juges surveillants à ordonner des charges super prioritaires qui ont priorité sur toutes les autres créances, y compris celles qui sont protégées par des fiducies réputées. Chaque fois qu'il est en présence d'une fiducie réputée, le juge surveillant doit déterminer la nature du droit conféré par le texte de loi habilitant, et il ne peut se fonder uniquement sur cette notion de fiducie réputée. En l'espèce, lorsqu'on examine les dispositions pertinentes de la *LIR* dans leur intégralité, il est évident que la *LIR* ne crée pas d'intérêt à titre de propriétaire, parce que la créance de Sa Majesté ne se rattache à aucun bien spécifique. De plus, il n'y a pas de conflit entre la *LIR* et l'ordonnance rendue en vertu de la *LACC*, étant donné que la fiducie réputée créée en vertu de la *LIR* n'a priorité que sur un ensemble bien précis de garanties. La charge super prioritaire constituée en vertu de l'art. 11 de la *LACC* ne répond pas à cette définition. Pour les motifs qui suivent, je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Background

[5] Canada North Group and six related corporations (“Debtors”) initiated restructuring proceedings under s. 50.4(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), but soon changed course and sought to restructure under the CCAA. In their initial CCAA application, they requested a package of relief standard to CCAA proceedings, including a thirty-day stay on all proceedings against them, the appointment of a monitor and the creation of three super-priority charges. The first charge they requested was an administration charge of up to \$1,000,000 in favour of counsel, a monitor and a chief restructuring officer for the fees they incurred. The second was a \$1,000,000 financing charge in favour of an interim lender. The third was a \$150,000 directors’ charge protecting their directors and officers against liabilities incurred after the commencement of the proceedings. The Debtors included in their initial motion an affidavit from one of their directors attesting to a \$1,140,000 debt to Her Majesty The Queen for source deductions and Goods and Services Tax (“GST”).

[6] Justice Nielsen of the Court of Queen’s Bench heard the motion together with a cross-motion by the Debtors’ primary lender, Canadian Western Bank, seeking the appointment of a receiver. Justice Nielsen granted an initial order in favour of the Debtors on the terms requested in the initial application, aside from a \$500,000 reduction in the administration charge (*Alta. Q.B.*, No. 1703-12327, July 5, 2017 (“Initial Order”). The terms of that order included the following with regard to priority:

Each of the Directors’ Charge, Administration Charge and the Interim Lender’s Charge (all as constituted and defined herein) shall constitute a charge on the Property

II. Contexte

[5] Canada North Group et six sociétés liées (« débitrices ») ont entamé, en vertu du par. 50.4(1) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »), un processus de restructuration, mais ont rapidement changé de cap pour tenter de se restructurer sous le régime de la LACC. Dans la demande initiale qu’elles ont présentée en vertu de la LACC, elles réclamaient une série de mesures habituellement demandées dans le cadre des instances introduites sous ce régime, y compris les mesures suivantes : une suspension de trente jours de toutes les procédures engagées contre elles, la désignation d’un contrôleur et la création de trois charges super prioritaires. La première charge demandée visait des frais administratifs d’un million de dollars et devait être constituée en faveur des avocats, du contrôleur et du directeur de la restructuration pour les frais qu’ils ont engagés. La deuxième était une charge de financement d’un million de dollars en faveur d’un prêteur temporaire. La troisième était une garantie de 150 000 \$ constituée en faveur des administrateurs en vue de les protéger ainsi que les dirigeants contre les obligations contractées après l’introduction de l’instance. Les débitrices ont joint à leur demande initiale un affidavit de l’un de leurs administrateurs pour attester l’existence d’une dette de 1 140 000 \$ envers Sa Majesté la Reine pour des retenues à la source et pour la taxe sur les produits et services (« TPS »).

[6] Le juge Nielsen, de la Cour du Banc de la Reine, a instruit la requête, ainsi que la requête incidente présentée par le principal prêteur des débitrices, la Banque canadienne de l’Ouest, en vue d’obtenir la nomination d’un séquestre. Le juge Nielsen a rendu, en faveur des débitrices, une ordonnance initiale conforme aux modalités de leur demande initiale (hormis une réduction de 500 000 \$ de la charge au titre des frais administratifs) (*B.R. Alb.*, n° 1703-12327, 5 juillet 2017 (« ordonnance initiale »)). Cette ordonnance prévoyait notamment ce qui suit au sujet de l’ordre de priorité :

[TRADUCTION] Chacune des charges relatives à l’administration, aux administrateurs et au prêteur temporaire (constituées et définies aux présentes) grèvent les biens et,

and subject always to section 34(11) of the CCAA such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, claims of secured creditors, statutory or otherwise (collectively, “Encumbrances”) in favour of any Person. [Emphasis deleted; para. 44.]

Justice Nielsen further ordered that these charges “shall not otherwise be limited or impaired in any way by . . . (d) the provisions of any federal or provincial statutes” (para. 46).

[7] Three weeks after the Initial Order was granted, the Debtors sought supplementary orders extending the stay of proceedings and increasing the interim financing to \$2,500,000. Canadian Western Bank again filed a motion to appoint a receiver. At the hearing of the three motions, counsel for Her Majesty appeared in order to advise that Her Majesty would be filing a motion to vary the Initial Order on the ground that the order failed to recognize Her priority interest in unremitted source deductions (the portion of remuneration that employers are required to withhold from employees and remit directly to the Canada Revenue Agency (“CRA”)).

[8] The Crown filed the motion soon after. Its argument for variance was grounded in the nature of Her Majesty’s interest in the Debtors’ property. It argued that the nature of Her Majesty’s interest is determined by s. 227(4.1) of the *ITA* and that that provision creates a proprietary interest:

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

sous réserve du paragraphe 34(11) de la LACC, toutes ces charges ont priorité sur tous les autres privilèges, garanties, fiducies, charges et sûretés, créances de créanciers garantis, d’origine législative ou autre (collectivement « les sûretés ») détenus par quiconque. [Caractères gras omis; par. 44.]

Le juge Nielsen a également précisé que les charges en question [TRADUCTION] « ne sont pas autrement limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par [. . .] (d) les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale » (par. 46).

[7] Trois semaines après le prononcé de l’ordonnance initiale, les débitrices ont demandé des ordonnances supplémentaires pour prolonger la suspension de l’instance et faire passer à 2,5 millions de dollars le financement temporaire. La Banque canadienne de l’Ouest a de nouveau déposé une requête en nomination d’un séquestre. Durant l’instruction de ces trois requêtes, l’avocat de Sa Majesté a comparu afin d’annoncer que celle-ci s’appêtait à déposer une requête pour faire modifier l’ordonnance initiale au motif que cette ordonnance ne reconnaissait pas sa priorité sur les retenues à la source non versées (la partie de la rémunération que les employeurs ont l’obligation de retenir auprès de leurs employés et de remettre directement à l’Agence du revenu du Canada (« ARC »)).

[8] La Couronne a déposé sa requête peu de temps après. L’argument qu’elle invoquait pour justifier sa demande de modification de l’ordonnance initiale reposait sur la nature du droit que possédait Sa Majesté sur les biens des débitrices. Elle a fait valoir que la nature du droit de Sa Majesté était déterminée par le par. 227(4.1) de la *LIR*, qui créait un intérêt à titre de propriétaire :

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

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

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

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

III. Judgments Below

A. *Court of Queen's Bench, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103*

[9] Justice Topolniski heard Her Majesty's motion to vary the Initial Order. Despite the delay between the Initial Order and the motion to vary, Topolniski J. found that she had jurisdiction to hear the motion based on the discretion and flexibility conferred by the CCAA. However, she dismissed the motion on the ground that s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest that can be subordinated to court-ordered super-priority charges.

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103*

[9] La juge Topolniski a instruit la requête présentée par Sa Majesté en vue de faire modifier l'ordonnance initiale. Malgré le délai écoulé entre l'ordonnance initiale et la requête en modification, la juge Topolniski a estimé qu'elle avait compétence pour entendre la requête vu le pouvoir discrétionnaire et la marge de manœuvre que lui confère la *LACC*. Elle a toutefois rejeté la requête au motif que le par. 227(4.1) de la *LIR* créait une garantie qui pouvait être subordonnée à des charges super prioritaires d'origine judiciaire.

[10] Justice Topolniski relied upon *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, and *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, to conclude that the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA* is not a proprietary interest. Rather, the *ITA* creates something similar to a floating charge over all the debtor's assets, which permits the debtor to alienate property subject to the deemed trust. These characteristics are inconsistent with a proprietary interest, and thus s. 227(4.1) does not create such an interest.

[11] Justice Topolniski also considered whether s. 227(4.1) creates a security interest that requires Her Majesty's interest to take priority over court-ordered charges. She acknowledged that the *CCAA* preserves the operation of the deemed trust, but she found that it also authorizes the reorganization of priorities by court order. Because each of the charges included in the Initial Order was critical to the restructuring process, they were necessarily required by the *CCAA* regime.

B. *Leave to Appeal*, 2017 ABCA 363, 54 C.B.R. (6th) 5

[12] Following the dismissal of the Crown's motion, the Debtors determined that there were sufficient assets in the estate to satisfy both Her Majesty and the beneficiaries of the three court-ordered super-priority charges in full. However, the Crown sought and obtained leave to appeal in order to seek appellate guidance on the nature of Her Majesty's priority.

C. *Court of Appeal of Alberta*, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29

[13] The Court of Appeal dismissed the appeal. It was divided as to whether the super-priority charges had priority over Her Majesty's claim. Justice Rowbotham wrote for the majority and agreed with the motion judge that s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest, in accordance with this Court's earlier finding in *First Vancouver* that the deemed

[10] La juge Topolniski s'est appuyée sur les arrêts *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, et *First Vancouver Finance c. M.N.R.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, pour conclure que la fiducie réputée créée en application du par. 227(4.1) de la *LIR* ne conférait pas d'intérêt à titre de propriétaire. Selon elle, la *LIR* crée plutôt une sorte de charge flottante sur l'ensemble des actifs du débiteur, ce qui permet à ce dernier d'aliéner ses biens sous réserve de la fiducie réputée. Ces caractéristiques sont incompatibles avec un intérêt à titre de propriétaire, de sorte que le par. 227(4.1) ne crée pas un tel intérêt.

[11] La juge Topolniski s'est également demandé si le par. 227(4.1) crée une garantie qui exige que l'intérêt détenu par Sa Majesté prenne rang devant les charges d'origine judiciaire. Elle a reconnu que la *LACC* ne fait pas obstacle à la fiducie réputée, mais elle a estimé que cette loi autorise cependant le tribunal à réaménager l'ordre de priorité par ordonnance. Étant donné que chacune des charges énumérées dans l'ordonnance initiale était essentielle au processus de restructuration, elles étaient indispensables au bon fonctionnement du régime de la *LACC*.

B. *Autorisation d'appel*, 2017 ABCA 363, 54 C.B.R. (6th) 5

[12] Suite au rejet de la requête de la Couronne, les débitrices ont déterminé que les actifs du patrimoine étaient suffisants pour payer intégralement Sa Majesté et les bénéficiaires des trois charges super prioritaires d'origine judiciaire. Toutefois, la Couronne a demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel afin d'obtenir des directives de la Cour d'appel quant à la nature de la priorité de Sa Majesté.

C. *Cour d'appel de l'Alberta*, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29

[13] La Cour d'appel a rejeté l'appel. Elle était divisée sur la question de savoir si les charges super prioritaires prenaient rang devant la créance de Sa Majesté. La juge Rowbotham a écrit au nom de la majorité et s'est dite d'accord avec le juge de première instance pour affirmer que le par. 227(4.1) de la *LIR* crée une garantie, conformément à la conclusion

trust is like a “floating charge over all of the assets of the tax debtor in the amount of the default” (*First Vancouver*, at para. 40). She found further support for this in the fact that the deemed trust also falls squarely within the *ITA*’s definition of “security interest” in s. 224(1.3).

[14] After determining that Her Majesty’s interest in the Debtors’ property was a security interest, Rowbotham J.A. turned to the question of whether the deemed trust could be subordinated to the court-ordered super-priority charges. She found that “while a conflict may appear to exist at the level of the ‘black letter’ wording” of the *ITA* and the *CCAA*, “the presumption of statutory coherence require[d] that the provisions be read to work together” (para. 45). A deemed trust that could not be subordinated to super-priority charges would undermine both Acts’ objectives because fewer restructurings could succeed and thus less tax revenue could be collected. If the Crown’s position prevailed, then absurd consequences could follow. Approximately 75 percent of restructurings require interim lenders. Without the assurance that they would be repaid in priority, these lenders would not come forward, nor would monitors or directors. The reality is that all of these services are provided in reliance on super priorities. Without these priorities, *CCAA* restructurings may be severely curtailed or at least delayed until Her Majesty’s exact claim could be ascertained, by which point the company might have totally collapsed.

[15] Justice Wakeling dissented. In his view, none of the arguments raised by the majority could overcome the text of the *ITA*. On his reading, the text of s. 227(4.1) is clear: Her Majesty is the beneficial owner of the amounts deemed to be held separate and apart from the debtor’s property, and these amounts must be paid to Her Majesty notwithstanding any

tirée par notre Cour dans l’arrêt *First Vancouver* selon laquelle la fiducie réputée est assimilable à une « charge flottante grevant, jusqu’à concurrence du montant en souffrance, l’ensemble des éléments d’actif du débiteur fiscal » (*First Vancouver*, par. 40). Elle s’est dite confortée dans son opinion par le fait que la fiducie réputée entre carrément dans la définition que la *LIR* donne de la « garantie » au par. 224(1.3).

[14] Après avoir conclu que le droit de Sa Majesté sur les biens des débitrices constituait une garantie, la juge Rowbotham s’est penchée sur la question de savoir si la fiducie réputée pouvait être subordonnée à des charges super prioritaires d’origine judiciaire. Elle a conclu que [TRADUCTION] « bien que, si l’on s’en tient rigoureusement à leur libellé respectif, il puisse sembler exister un conflit » entre la *LIR* et la *LACC*, « la présomption de cohérence entre les lois exige[ait] que l’on interprète ces dispositions en considérant qu’elles s’appliquent de concert » (par. 45). Une fiducie réputée qui ne pourrait être subordonnée à des charges super prioritaires irait à l’encontre de l’objectif des deux lois en question parce qu’il serait plus difficile de mener à bien une restructuration et que cela diminuerait par conséquent les recettes fiscales. L’acceptation de la thèse de la Couronne entraînerait selon elle des conséquences absurdes. Environ 75 p. 100 des compagnies qui se restructurent font appel à des prêteurs temporaires. Sans l’assurance d’être remboursés en priorité, ces prêteurs refuseraient de s’engager, tout comme les contrôleurs et les administrateurs. La réalité est que tous ces services sont fournis sur la foi de l’existence de super priorités. Sans elles, les restructurations effectuées sous le régime de la *LACC* risqueraient d’être fortement compromises, ou à tout le moins retardées, jusqu’à ce qu’on puisse établir le montant exact de la créance de Sa Majesté, alors que la compagnie se serait peut-être déjà totalement effondrée.

[15] Le juge Wakeling a exprimé sa dissidence. À son avis, aucun des arguments soulevés par la majorité ne permettait de faire abstraction du texte de la *LIR*. Selon lui, le libellé du par. 227(4.1) est sans équivoque : Sa Majesté a un droit de bénéficiaire sur les sommes réputées être détenues de façon distincte et séparée des biens du débiteur, et

type of security interest, including super-priority charges. In his view, nothing in the *CCAA* overrides this proprietary interest. Section 11 of the *CCAA* cannot permit discretion to be exercised without regard for s. 227(4.1) of the *ITA*, nor can ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* be used, as they only allow a court to make orders regarding “all or part of the company’s property” (s. 11.2(1)). In conclusion, since no part of the *CCAA* authorizes a court to override s. 227(4.1), a court must give effect to the clear text of s. 227(4.1) and cannot subordinate Her Majesty’s claims to super-priority charges.

IV. Issue

[16] The central issue in this appeal is whether the *CCAA* authorizes courts to grant super-priority charges with priority over a deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA*. In order to answer this question, I proceed in three stages. First, I assess the nature of the *CCAA* regime and the power of supervising courts to order such charges. Given that supervising courts generally have the authority to order super-priority charges with priority over all other claims, I then turn to s. 227(4.1) of the *ITA* to determine whether it gives Her Majesty an interest that cannot be subordinated to super-priority charges. Here I assess the Crown’s two arguments as to why s. 227(4.1) provides for an exception to the general rule, namely that Her Majesty has a proprietary or ownership interest in the insolvent company’s assets and that, even if Her Majesty does not have such an interest, s. 227(4.1) provides Her with a security interest that has absolute priority over all claims. I conclude by assessing how courts should exercise their authority to order super-priority charges where Her Majesty has a claim against an insolvent company protected by a s. 227(4.1) deemed trust.

ces sommes doivent être payées à Sa Majesté, peu importe le type de garantie, y compris les charges super prioritaires. À son avis, rien dans le libellé de la *LACC* ne permettait d’écarter cet intérêt à titre de propriétaire. L’article 11 de la *LACC* ne saurait permettre au tribunal d’exercer son pouvoir discrétionnaire sans tenir compte du par. 227(4.1) de la *LIR*, et les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* ne sauraient non plus être utilisés à cette fin, car ils permettent uniquement au tribunal de rendre des ordonnances concernant « la totalité ou une partie des biens de la compagnie » (par. 11.2(1)). En conclusion, comme aucune des dispositions de la *LACC* ne lui permet d’écarter le par. 227(4.1), le tribunal doit donner effet au texte clair du par. 227(4.1) et il ne peut subordonner les créances de Sa Majesté à des charges super prioritaires.

IV. Question en litige

[16] La principale question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si la *LACC* autorise les tribunaux à constituer des charges super prioritaires ayant priorité sur une fiducie réputée créée en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR*. Pour répondre à cette question, je vais procéder en trois étapes. D’abord, je vais examiner la nature du régime de la *LACC* et le pouvoir des tribunaux de surveillance d’ordonner pareilles charges. Étant donné que les tribunaux de surveillance ont généralement le pouvoir d’ordonner des charges super prioritaires qui ont priorité sur toutes les autres créances, je vais ensuite examiner le par. 227(4.1) de la *LIR* pour déterminer s’il confère à Sa Majesté un intérêt qui ne peut être subordonné à une charge super prioritaire. Je vais passer en revue les deux arguments invoqués par la Couronne pour affirmer que le par. 227(4.1) prévoit une exception à la règle générale, à savoir que Sa Majesté possède un intérêt à titre de propriétaire dans les actifs de la compagnie insolvable et que, même si elle ne possède pas un tel intérêt, le par. 227(4.1) lui confère une garantie qui a priorité absolue sur toutes les créances. Je vais conclure mon analyse en indiquant comment les tribunaux devraient exercer leur pouvoir d’ordonner des charges super prioritaires lorsque Sa Majesté fait valoir, contre la compagnie insolvable, une réclamation protégée par une fiducie réputée créée en vertu du par. 227(4.1).

V. Analysis

[17] In order to determine whether the *CCAA* empowers a court to order super-priority charges over assets subject to a deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA*, we must understand both the *CCAA* regime and the nature of the interest created by s. 227(4.1).

A. *CCAA Regime*

[18] The *CCAA* is part of Canada's system of insolvency law, which also includes the *BIA* and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1), for banks and other specified institutions. Although both the *CCAA* and the *BIA* create reorganization regimes, what distinguishes the *CCAA* regime is that it is restricted to companies with liabilities of more than \$5,000,000 and “offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations” (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 14).

[19] The *CCAA* works by creating breathing room for an insolvent debtor to negotiate a way out of insolvency. Upon an initial application, the supervising judge makes an order that ordinarily preserves the status quo by freezing claims against the debtor while allowing it to remain in possession of its assets in order to continue carrying on business. During this time, it is hoped that the debtor will negotiate a plan of arrangement with creditors and other stakeholders. The goal is to enable the parties to reach a compromise that allows the debtor to reorganize and emerge from the *CCAA* process as a going concern (*Century Services*, at para. 18).

[20] The view underlying the entire *CCAA* regime is thus that debtor companies retain more value as going concerns than in liquidation scenarios

V. Analyse

[17] Afin de déterminer si la *LACC* habilite un tribunal à ordonner des charges super prioritaires sur des biens assujettis à une fiducie réputée au titre du par. 227(4.1) de la *LIR*, il nous faut comprendre à la fois le régime de la *LACC* et la nature du droit créé par le par. 227(4.1).

A. *Le régime de la LACC*

[18] La *LACC* fait partie de la législation canadienne en matière d'insolvabilité, qui comprend également la *LFI* et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11, par. 6(1), laquelle s'applique aux banques et à d'autres institutions déterminées. Bien que la *LACC* et la *LFI* instaurent toutes deux un régime de réorganisation, ce qui distingue le régime de la *LACC* est le fait qu'il est réservé aux compagnies dont le passif dépasse cinq millions de dollars et qu'il « établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes » (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 14).

[19] La *LACC* vise à accorder au débiteur insolvable la latitude nécessaire pour négocier avec ses créanciers afin de trouver une issue à son insolvabilité. À la suite d'une demande initiale, le juge surveillant rend une ordonnance aux termes de laquelle il préserve habituellement le statu quo en suspendant les réclamations qui visent le débiteur tout en permettant à ce dernier de conserver la possession de ses actifs afin de poursuivre ses activités. Dans l'intervalle, on espère que le débiteur négociera un plan d'arrangement avec ses créanciers et les autres parties prenantes. L'objectif est de permettre aux parties de parvenir à un compromis qui donne au débiteur la possibilité de se réorganiser et de poursuivre ses activités à l'issue du processus de la *LACC* (*Century Services*, par. 18).

[20] La vision sous-jacente au régime de la *LACC* est donc qu'une compagnie débitrice possède une plus grande valeur lorsqu'elle poursuit ses

(*Century Services*, at para. 18). The survival of a going-concern business is ordinarily the result with the greatest net benefit. It often enables creditors to maximize returns while simultaneously benefiting shareholders, employees, and other firms that do business with the debtor company (para. 60). Thus, this Court recently held that the CCAA embraces “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” (9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at para. 42, quoting J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at p. 14).

[21] The most important feature of the CCAA — and the feature that enables it to be adapted so readily to each reorganization — is the broad discretionary power it vests in the supervising court (*Callidus Capital*, at paras. 47-48). Section 11 of the CCAA confers jurisdiction on the supervising court to “make any order that it considers appropriate in the circumstances”. This power is vast. As the Chief Justice and Moldaver J. recently observed in their joint reasons, “[o]n the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the CCAA itself, and the requirement that the order made be ‘appropriate in the circumstances’” (*Callidus Capital*, at para. 67). Keeping in mind the centrality of judicial discretion in the CCAA regime, our jurisprudence has developed baseline requirements of appropriateness, good faith and due diligence in order to exercise this power. The supervising judge must be satisfied that the order is appropriate and that the applicant has acted in good faith and with due diligence (*Century Services*, at para. 69). The judge must also be satisfied as to appropriateness, which is assessed by considering whether the order would advance the policy and remedial objectives of the CCAA (para. 70). For instance, given that the purpose of the CCAA is to facilitate the survival of going concerns, when crafting an initial order, “[a] court must first of all

activités que lorsqu’elle est liquidée (*Century Services*, par. 18). La survie d’une entreprise en activité est généralement le résultat qui présente le plus grand avantage net. Elle permet souvent aux créanciers de maximiser leur rendement, tout en profitant aux actionnaires, aux employés et aux autres entreprises qui font affaire avec la compagnie débitrice (par. 60). Ainsi, notre Cour a récemment jugé que la LACC a « 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 » (9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 42, citant J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 14).

[21] La caractéristique la plus importante de la LACC — et celle qui la rend assez souple pour s’adapter si aisément à chaque réorganisation — est le vaste pouvoir discrétionnaire qu’elle confère au tribunal de surveillance (*Callidus Capital*, par. 47-48). L’article 11 de la LACC accorde au tribunal le pouvoir de « rendre [. . .] toute ordonnance qu’il estime indiquée ». Ce pouvoir est vaste. Comme le juge en chef et le juge Moldaver l’ont récemment fait observer dans leurs motifs conjoints, « [s]elon 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 » (*Callidus Capital*, par. 67). Étant donné le rôle essentiel que le pouvoir discrétionnaire judiciaire joue dans le cadre du régime de la LACC, notre jurisprudence a mis au point les exigences de base encadrant l’exercice de ce pouvoir : l’opportunité, la bonne foi et la diligence. Le juge doit être convaincu que l’ordonnance est indiquée et que le demandeur a agi de bonne foi et avec la diligence voulue (*Century Services*, par. 69). Le juge doit également être convaincu de l’opportunité de rendre l’ordonnance sollicitée en se demandant si elle favorisera la réalisation des objectifs réparateurs et de politique générale de la LACC (par. 70). Par exemple, étant donné que la LACC a pour objet de

provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize” (para. 60).

[22] On review of a supervising judge’s order, an appellate court should be cognizant that supervising judges have been given this broad discretion in order to fulfill their difficult role of continuously balancing conflicting and changing interests. Appellate courts should also recognize that orders are generally temporary or interim in nature and that the restructuring process is constantly evolving. These considerations require not only that supervising judges be endowed with a broad discretion, but that appellate courts exercise particular caution before interfering with orders made in accordance with that discretion (*Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368 (C.A.), at paras. 30-31).

[23] In addition to s. 11, there are more specific powers in some of the provisions following that section. They include the power to order a super-priority security or charge on all or part of a company’s assets in favour of interim financiers (s. 11.2), critical suppliers (s. 11.4), the monitor and financial, legal or other experts (s. 11.52), or indemnification of directors or officers (s. 11.51). Each of these provisions empowers the court to “order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company” (ss. 11.2(2), 11.4(4), 11.51(2) and 11.52(2)).

[24] As this Court held in *Century Services*, at para. 70, the general language of s. 11 is not restricted by the availability of these more specific orders. In fact, courts regularly grant super-priority charges in favour of persons not specifically referred to in the aforementioned provisions, including through orders that have priority over orders made under the specific provisions. These include, for example, key employee retention plan charges (*Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128 (Ont.

faciliter la survie des entreprises en leur permettant de poursuivre leurs activités, lorsqu’il rend son ordonnance initiale, « [l]e tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation » (par. 60).

[22] Lorsqu’une cour d’appel révisé l’ordonnance d’un juge surveillant, elle ne doit pas oublier que ce vaste pouvoir discrétionnaire a été confié aux juges surveillants afin qu’ils assument le rôle difficile de concilier sans cesse des intérêts conflictuels et fluctuants. La cour d’appel doit également reconnaître que les ordonnances ont généralement un caractère temporaire ou provisoire, et que le processus de restructuration évolue constamment. Ces considérations nécessitent non seulement que les juges surveillants soient investis d’un large pouvoir discrétionnaire, mais aussi que les cours d’appel fassent preuve d’une déférence particulière avant de modifier des ordonnances rendues en vertu de ce pouvoir discrétionnaire (*Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368 (C.A.), par. 30-31).

[23] En plus de l’art. 11, on trouve dans certaines des dispositions qui le suivent des pouvoirs plus spécifiques, dont celui d’ordonner une sûreté ou une charge super prioritaire grevant tout ou partie des actifs de la compagnie débitrice en faveur de prêteurs temporaires (art. 11.2), de fournisseurs essentiels (art. 11.4), du contrôleur et des experts — notamment en finance et en droit — (art. 11.52), ou afin d’indemniser les dirigeants ou administrateurs (art. 11.51). Chacune de ces dispositions habilite le tribunal à « préciser, dans l’ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie » (par. 11.2(2), 11.4(4), 11.51(2) et 11.52(2)).

[24] Ainsi que notre Cour l’a jugé dans l’arrêt *Century Services*, par. 70, la possibilité pour le tribunal de rendre ces ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux employés à l’art. 11. En fait, les tribunaux constituent régulièrement des charges super prioritaires en faveur de personnes qui ne sont pas expressément mentionnées dans les dispositions susmentionnées, y compris au moyen d’ordonnances ayant préséance sur les ordonnances rendues en

S.C.J.); *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, and bid protection charges (*In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146).

[25] In *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 60, quoting the amended initial order in that case, this Court confirmed that a court-ordered financing charge with priority over “all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise”, had priority over a deemed trust established by the *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10 (“PPSA”), to protect employee pensions. Justice Deschamps wrote for a unanimous Court on this point. She found that the existence of a deemed trust did not preclude orders granting first priority to financiers: “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 [debtor-in-possession (“DIP”)] charge” (para. 48).

[26] Justice Deschamps first assessed the supervising judge’s order to determine whether it had truly been necessary to give the financing charge priority over the deemed trust. Even though the supervising judge had not specifically considered the deemed trust in the order authorizing a super-priority charge, he had found that there was no alternative but to make the order. Financing secured by a super priority was necessary if the company was to remain a going concern (para. 59). Justice Deschamps rejected the suggestion “that the DIP lenders would have accepted that their claim ranked below claims resulting from the deemed trust”, because “[t]he harsh reality is that lending is governed by the commercial imperatives of the lenders, not by the interests of

vertu de ces dispositions. Songeons, par exemple, aux charges relatives aux plans de rétention des employés clés (*Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128 (C.S.J. Ont.); *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169), et aux charges relatives à la protection des offres (*In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146).

[25] Dans l’arrêt *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 60, citant l’ordonnance initiale modifiée dans cette affaire, notre Cour a confirmé que la charge de financement d’origine judiciaire qui devait prendre rang devant [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative ou autre » prenait effectivement rang devant la fiducie réputée qui avait été établie par la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, c. P.10 (« LSM »), dans le but de protéger les régimes de retraite des employés. La juge Deschamps s’est exprimée sur ce point au nom d’une Cour unanime. Elle a conclu que l’existence d’une fiducie réputée ne faisait pas obstacle au prononcé d’ordonnances accordant une priorité aux bailleurs de fonds : « 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 [débiteur-exploitant (« DE »)] » (par. 48).

[26] La juge Deschamps a tout d’abord examiné l’ordonnance du juge surveillant afin de déterminer si celle-ci était véritablement nécessaire pour que la charge de financement ait priorité sur la fiducie réputée. Même s’il ne s’était pas expressément penché sur la fiducie réputée dans l’ordonnance aux termes de laquelle il avait constitué la charge super prioritaire, le juge surveillant avait conclu qu’il n’avait d’autre choix que de rendre l’ordonnance. Le financement devait être garanti par une super priorité pour que la compagnie demeure en activité (par. 59). La juge Deschamps a rejeté l’idée « que les prêteurs DE auraient accepté que leur réclamation soit subordonnée à celles fondées sur la fiducie réputée », étant donné que « [l]a dure réalité est que l’octroi de prêts est

the plan members or the policy considerations that lead provincial governments to legislate in favour of pension fund beneficiaries” (para. 59).

[27] After determining that the order was necessary, she turned to the statute creating the deemed trust’s priority. Section 30(7) of the *PPSA* provided that the deemed trust would have priority over all security interests. In her view, this created a conflict between the court-ordered super priority and the statutory priority of the claim protected by the deemed trust. The super priority therefore prevailed by virtue of federal paramountcy (para. 60).

[28] There are also practical considerations that explain why supervising judges must have the discretion to order other charges with priority over deemed trusts. Restructuring under the *CCAA* often requires the assistance of many professionals. As Wagner C.J. and Moldaver J. recently recognized for a unanimous Court, the role the monitor plays in a *CCAA* proceeding is critical: “The monitor is an independent and impartial expert, acting as ‘the eyes and the ears of the court’ throughout the proceedings . . . 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” (*Callidus Capital*, at para. 52, quoting *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, at para. 109). In the words of Morawetz J. (as he then was), “[i]t is not reasonable to expect that professionals will take the risk of not being paid for their services, and that directors and officers will remain if placed in a compromised position” (*Timminco*, at para. 66).

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 » (par. 59).

[27] Après avoir décidé que l’ordonnance était nécessaire, la juge Deschamps a examiné la loi accordant la priorité à la fiducie réputée. Le paragraphe 30(7) de la *LSM* prévoyait que la fiducie réputée prenait rang devant toutes les garanties, ce qui, à son avis, créait un conflit entre la super priorité d’origine judiciaire et la priorité légale accordée à la créance protégée par la fiducie réputée. La super priorité avait donc préséance sur la fiducie réputée en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale (par. 60).

[28] Il existe aussi des considérations d’ordre pratique qui expliquent pourquoi les juges surveillants doivent disposer du pouvoir discrétionnaire d’ordonner des charges ayant priorité sur les fiducies réputées. Pour restructurer une compagnie sous le régime de la *LACC*, il faut souvent obtenir l’aide de nombreux professionnels. Ainsi que le juge en chef Wagner et le juge Moldaver l’ont récemment reconnu au nom d’une Cour unanime, le contrôleur joue un rôle crucial dans une instance introduite sous le régime de la *LACC* : « 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 [. . .] 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 » (*Callidus Capital*, par. 52, citant *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, par. 109). Comme l’a dit le juge Morawetz (maintenant juge en chef de la Cour supérieure de justice de l’Ontario), [TRADUCTION] « [o]n ne peut raisonnablement s’attendre à ce que des professionnels prennent le risque de ne pas être payés pour leurs services et à ce que les administrateurs et les dirigeants demeurent en poste s’ils se retrouvent dans une position délicate » (*Timminco*, par. 66).

[29] This Court has similarly found that financing is critical as “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’” (*Indalex*, at para. 59, quoting J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), at p. 97). As lower courts have affirmed, “[p]rofessional services are provided, and DIP funding is advanced, in reliance on super-priorities contained in initial orders. To ensure the integrity, predictability and fairness of the CCAA process, certainty must accompany the granting of such super-priority charges” (*First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299, at para. 51 (CanLII)).

[30] Super-priority charges in favour of the monitor, financiers and other professionals are required to derive the most value for the stakeholders. They are beneficial to all creditors, including those whose claims are protected by a deemed trust. The fact that they require super priority is just a part of “[t]he harsh reality . . . that lending is governed by the commercial imperatives of the lenders” (*Indalex*, at para. 59). It does not make commercial sense to act when there is a high level of risk involved. For a monitor and financiers to put themselves at risk to restructure and develop assets, only to later discover that a deemed trust supersedes all claims, smacks of unfairness. As McLachlin J. (as she then was) said, granting a deemed trust absolute priority where it does not amount to a trust under general principles of law would “defy fairness and common sense” (*British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, at p. 33).

[31] It is therefore clear that, in general, courts supervising a CCAA reorganization have the authority to order super-priority charges to facilitate the restructuring process. Similarly, courts have ensured that the CCAA is given a liberal construction to

[29] Notre Cour a pareillement conclu que le financement est essentiel, étant donné qu’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” » (*Indalex*, par. 59, citant J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 97). Ainsi que les juridictions inférieures l’ont affirmé, [TRADUCTION] « [I]es services professionnels sont fournis et le financement DE est avancé sur la foi des charges super prioritaires contenues dans les ordonnances initiales. Pour assurer l’intégrité, la prévisibilité et l’équité du processus de la LACC, la certitude doit caractériser l’octroi de ces charges super prioritaires » (*First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299, par. 51 (CanLII)).

[30] Pour que les parties prenantes bénéficient d’une valorisation maximale, il est nécessaire de constituer des charges super prioritaires en faveur du contrôleur, des bailleurs de fonds et d’autres professionnels. Ces mesures profitent à l’ensemble des créanciers, y compris ceux dont les créances sont protégées par une fiducie réputée. Le fait qu’ils aient besoin d’une super priorité n’est qu’un des aspects de « [I]a dure réalité [. . .] que l’octroi de prêts est régi par les impératifs commerciaux des prêteurs » (*Indalex*, par. 59). Il n’est pas sensé, au plan commercial, de s’engager en présence d’un risque élevé. Il n’y a rien d’équitable dans la situation où, pour aider une entreprise à se restructurer et à se développer, un contrôleur et des prêteurs s’exposent à des risques, et découvrent par la suite qu’une fiducie réputée prévaut sur l’ensemble des créances. Comme la juge McLachlin (plus tard juge en chef) l’a dit, accorder la priorité absolue à une fiducie réputée — alors qu’elle ne constitue pas une fiducie selon les principes généraux du droit — serait « contrair[e] à l’équité et au bon sens » (*Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, p. 33).

[31] Il est donc évident qu’en général, les tribunaux chargés de surveiller les restructurations sous le régime de la LACC ont le pouvoir d’ordonner des charges super prioritaires afin de faciliter le processus de restructuration. Dans la même veine, les

fulfill its broad purpose and to prevent this purpose from being neutralized by other statutes: [TRANSLATION] “As the courts have ruled time and again, the purpose of the *CCAA* and orders made under it cannot be affected or neutralized by another [Act], whether of public order or not” (*Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202, at para. 35 (CanLII)). “This case is not so much about the rights of employees as creditors, but the right of the court under the [*CCAA*] to serve not the special interests of the directors and officers of the company but the broader constituency referred to in *Chef Ready Foods Ltd. [v. Hongkong Bank of Can. (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.)]* . . . Such a decision may inevitably conflict with provincial legislation, but the broad purposes of the [*CCAA*] must be served” (*Pacific National Lease Holding*, at para. 28). Courts have been particularly cautious when interpreting security interests so as to ensure that the *CCAA*’s important purpose can be fulfilled. For instance, in *Chef Ready Foods*, Gibbs J.A. observed that if a bank’s rights under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, were to be interpreted as being immune from the provisions of the *CCAA*, then the benefits of *CCAA* proceedings would be “largely illusory” (p. 92). “There will be two classes of debtor companies: those for whom there are prospects for recovery under the [*CCAA*]; and those for whom the [*CCAA*] may be irrelevant dependent upon the whim of the [creditor]” (p. 92). It is important to keep in mind that *CCAA* proceedings operate for the benefit of the creditors as a group and not for the benefit of a single creditor. Without clear and direct instruction from Parliament, we cannot countenance the possibility that it intended to create a security interest that would limit or eliminate the prospect of reorganization and recovery under the *CCAA* for some companies. To do so would turn the *CCAA* into a dead letter. With this in mind, I turn to the specific provision at issue in this appeal.

tribunaux se sont assurés que la *LACC* reçoive une interprétation libérale pour être capable d’en réaliser l’objectif général tout en évitant que cet objectif ne soit neutralisé par d’autres lois : « Ce que les tribunaux ont décidé à maintes reprises, c’est que la finalité de la *LACC* et les ordonnances qui en découlent ne sauraient être affectées, ni neutralisées par une autre loi, fut-elle d’ordre public ou non » (*Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202, par. 35 (CanLII)). [TRADUCTION] « L’affaire qui nous occupe concerne moins les droits des employés en tant que créanciers que le droit accordé par la [*LACC*] au tribunal de servir non pas les intérêts spéciaux des dirigeants et administrateurs de la compagnie, mais l’ensemble plus large d’intéressés dont il est question dans *Chef Ready Foods Ltd. [c. Hongkong Bank of Can. (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.)]* [. . .] Pareille décision risque d’entrer en conflit avec la législation provinciale, mais il faut atteindre les objectifs généraux de la [*LACC*] » (*Pacific National Lease Holding*, par. 28). Les tribunaux se sont montrés particulièrement vigilants au moment d’interpréter les garanties, pour veiller à ce que l’important objectif de la *LACC* puisse être réalisé. Par exemple, dans l’arrêt *Chef Ready Foods*, le juge d’appel Gibbs a fait remarquer que, s’il fallait considérer que les droits conférés à une banque par la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, étaient à l’abri des dispositions de la *LACC*, les avantages des procédures intentées sous le régime de cette loi seraient [TRADUCTION] « en grande partie illusoirs » (p. 92). « Il y aura deux groupes de compagnies débitrices : celles qui peuvent se rétablir sous le régime de la [*LACC*], et celles à l’égard de qui la pertinence de la [*LACC*] varierait selon le caprice du [créancier] » (p. 92). Il importe de garder à l’esprit que ces procédures sont engagées au bénéfice de l’ensemble des créanciers, et non au bénéfice d’un seul d’entre eux. En l’absence de directives claires et expresses, nous ne saurions supposer que le Parlement ait voulu créer une garantie de nature à suggérer que, sous le régime de la *LACC*, la perspective de réorganisation et de rétablissement de certaines compagnies sera limitée, voire inexistante. La *LACC* deviendrait alors lettre morte. En gardant ces principes à l’esprit, je me tourne à présent vers la disposition en litige dans la présente affaire.

B. *Nature of the Interest Created by Section 227(4.1) of the ITA*

[32] The Crown argues that, despite the authority a supervising court may have to order super-priority charges, Her Majesty's claim to unremitted source deductions is protected by a deemed trust, and that ordering charges with priority over the deemed trust is contrary to s. 227(4.1) of the *ITA*. To determine whether this is true, we must begin by understanding how the deemed trust comes about.

[33] Section 153(1) of the *ITA* requires employers to withhold income tax from employees' gross pay and forward the amounts withheld to the CRA. When an employer withholds income tax from its employees in accordance with the *ITA*, it assumes its employees' liability for those amounts (s. 227(9.4)). As a result, Her Majesty cannot have recourse to the employees if the employer fails to remit the withheld amounts. Instead, Her Majesty's interest is protected by a deemed trust. Section 227(4) of the *ITA* provides that amounts withheld are deemed to be held separate and apart from the employer's assets and in trust for Her Majesty. If an employer fails to remit the amounts withheld in the manner provided by the *ITA*, s. 227(4.1) extends the trust to all of the employer's assets. In this case, the Debtors failed to remit the amounts withheld to the CRA, bringing s. 227(4.1) into operation.

[34] When a company seeks protection under the *CCAA*, s. 37(1) of the *CCAA* provides that most of Her Majesty's deemed trusts are nullified (unless the property in question would be regarded as held in trust in the absence of the statutory provision creating the deemed trust). However, s. 37(2) of the *CCAA* exempts the deemed trusts created by s. 227(4) and (4.1) of the *ITA* from the nullification provided for in s. 37(1). These deemed trusts continue to operate throughout the *CCAA* process (*Century Services*, at para. 45). In my view, this preservation by the *CCAA* of the deemed trusts created by the *ITA* does not modify the characteristics of these trusts. They

B. *Nature de l'intérêt créé par le paragraphe 227(4.1) de la LIR*

[32] La Couronne soutient que, même si le tribunal de surveillance peut ordonner des charges super prioritaires, la créance de Sa Majesté sur les retenues à la source non versées est protégée par une fiducie réputée, et que la constitution de charges prenant rang devant la fiducie réputée va à l'encontre du par. 227(4.1) de la *LIR*. Pour déterminer le bien-fondé de cette position, il faut d'abord comprendre l'origine de la fiducie réputée.

[33] Le paragraphe 153(1) de la *LIR* oblige les employeurs à retenir l'impôt sur le salaire brut de leurs employés et à transmettre les sommes retenues à l'ARC. L'employeur qui retient l'impôt sur le revenu de ses employés conformément à la *LIR* devient responsable des sommes dues à ce titre par ses employés (par. 227(9.4)). Par conséquent, Sa Majesté ne peut exercer de recours contre les employés si l'employeur fait défaut de verser les montants qu'il a retenus. L'intérêt de Sa Majesté est protégé par une fiducie réputée. Le paragraphe 227(4) de la *LIR* prévoit que les montants retenus sont réputés détenus en fiducie pour Sa Majesté, séparément des propres biens de l'employeur. Si l'employeur fait défaut de verser les retenues conformément aux modalités prévues par la *LIR*, le par. 227(4.1) étend la fiducie à l'ensemble des biens de l'employeur. En l'espèce, les débitrices ont fait défaut de verser les retenues à l'ARC, ce qui a entraîné l'application du par. 227(4.1).

[34] Lorsqu'une compagnie cherche à se prévaloir de la protection de la *LACC*, le par. 37(1) de cette loi prévoit que la plupart des fiducies réputées de Sa Majesté sont annulées (à moins que les biens en question eussent été assimilés à des biens détenus en fiducie même en l'absence de la disposition législative créant la fiducie réputée). Toutefois, le par. 37(2) de la *LACC* soustrait les fiducies réputées créées en vertu des par. 227(4) et (4.1) de la *LIR* à l'annulation prévue au par. 37(1). Ces fiducies réputées continuent de produire leur effet tout au long du processus de la *LACC* (*Century Services*, par. 45). À mon avis, le fait que la *LACC* permet aux fiducies

continue to operate as they would have if the insolvent company had not sought CCAA protection. Therefore, the Crown's arguments must be assessed by reviewing the nature of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA*.

[35] Before doing so, and while it is not strictly speaking required of me given the reasons I set out below, I pause here to clarify the role of s. 6(3) of the CCAA, which provides as follows:

(3) Unless Her Majesty agrees otherwise, the court may sanction a compromise or arrangement only if the compromise or arrangement provides for the payment in full to Her Majesty in right of Canada or a province, within six months after court sanction of the compromise or arrangement, of all amounts that were outstanding at the time of the application for an order under section 11 or 11.02 and that are of a kind that could be subject to a demand under

(a) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* . . .

[36] Section 6(3) merely grants Her Majesty the right to insist that a compromise or arrangement not be sanctioned by a court unless it provides for payment in full to Her Majesty of certain claims within six months after court sanction. Section 6(3) does not say that it modifies the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA* in any way, and it comes into operation only at the end of the CCAA process when parties seek court approval of their arrangement or compromise. Section 6(3) also applies to numerous claims that are not protected by the deemed trust, including penalties, interest, withholdings on non-resident dispositions and certain retirement contributions (see ss. 224(1.2) and 227(10.1) of the *ITA*, the latter of which refers to amounts payable under ss. 116, 227(9), (9.2), (9.3), (9.4) and (10.2), Part XII.5 and Part XIII). Equating the deemed trust with the right under s. 6(3) renders s. 37(2) of the CCAA and the deemed trust meaningless. I therefore proceed, as this Court did in *Indalex*, by assessing

réputées créées par la *LIR* de continuer à produire leurs effets ne modifie en rien les caractéristiques de ces fiducies. Elles continuent à produire leur effet comme si la compagnie insolvable n'avait pas demandé la protection de la *LACC*. Par conséquent, il faut examiner les arguments de la Couronne en tenant compte de la nature du droit découlant du par. 227(4.1) de la *LIR*.

[35] Mais avant de procéder à cet examen, et bien que cela ne soit pas à proprement parler nécessaire vu les motifs que j'expose ci-dessous, j'ouvre une parenthèse pour clarifier le rôle du par. 6(3) de la *LACC*, dont voici le texte :

(3) Le tribunal ne peut, sans le consentement de Sa Majesté, homologuer la transaction ou l'arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, dans les six mois suivant l'homologation, de toutes les sommes qui étaient dues lors de la demande d'ordonnance visée aux articles 11 ou 11.02 et qui pourraient, de par leur nature, faire l'objet d'une demande aux termes d'une des dispositions suivantes :

a) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* . . .

[36] Le paragraphe 6(3) accorde simplement à Sa Majesté le droit d'insister auprès du tribunal afin qu'il refuse d'homologuer la transaction ou l'arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral de certaines créances de Sa Majesté dans un délai de six mois suivant l'homologation. Le paragraphe 6(3) ne dit pas qu'il modifie la fiducie présumée créée par le par. 227(4.1) de la *LIR* de quelque façon que ce soit, et il ne s'applique qu'à l'issue de la procédure de la *LACC* lorsque les parties cherchent à faire homologuer par le tribunal leur arrangement ou leur transaction. Le paragraphe 6(3) s'applique également à de nombreuses créances qui ne sont pas protégées par la fiducie réputée, y compris les pénalités, les intérêts, les retenues sur les dispositions relatives aux non-résidents et certaines cotisations de retraite (voir les par. 224(1.2) et 227(10.1) de la *LIR*, le deuxième faisant état des sommes payables en application de l'art. 116 et des par. 227(9), (9.2), (9.3), (9.4) et (10.2), à la partie XII.5 et à la partie XIII). Assimiler

the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA* without regard to the *CCAA* (*Indalex*, at para. 48).

[37] Section 227(4.1) provides:

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

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

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

(1) Does Section 227(4.1) of the *ITA* Create a Proprietary or Ownership Interest in the Debtor's Assets?

[38] This appeal — like previous appeals to this Court — does not require the Court to exhaustively

la fiducie réputée au droit prévu au par. 6(3) vide de leur sens le par. 37(2) de la *LACC* et la fiducie présumée. La démarche que je vais suivre consiste donc, à l'instar de celle suivie par notre Cour dans l'affaire *Indalex*, à évaluer l'intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR* en faisant abstraction de la *LACC* (*Indalex*, par. 48).

[37] Le paragraphe 227(4.1) dispose :

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

(1) Le paragraphe 227(4.1) de la *LIR* crée-t-il un intérêt à titre de propriétaire dans l'actif du débiteur?

[38] Le présent pourvoi — comme certains pourvois précédents devant notre Cour — n'oblige pas

define the nature and content of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA* (*Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, and *First Vancouver*). All that is necessary is to determine whether s. 227(4.1) confers upon Her Majesty an interest in the debtor's property that precludes a court from ordering charges with priority over Her Majesty's claim. The Crown argues that s. 227(4.1) does so by giving Her Majesty a proprietary interest in the debtor's assets, which "causes those assets to become the property of the Crown" (A.F., at para. 46). The Crown rests this argument on the wording of the section. First, it says that property equal in value to the amount deemed to be held in trust by a person is deemed to be held "separate and apart from the property of the person". Second, it says that the property deemed to be held in trust is deemed "to form no part of the estate or property of the person". Third, it says that the property deemed to be held in trust "is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property". The Crown submits that, as a result of Her Majesty's proprietary interest, amounts subject to the deemed trust cannot be considered assets of the debtor in *CCAA* proceedings.

[39] In order to determine whether s. 227(4.1) confers a proprietary or ownership interest upon Her Majesty, we must look at the nature of the rights afforded to Her Majesty by the deemed trust and compare them to the rights ordinarily afforded to an owner. To begin with, it is clear that the statute does not purport to transfer legal title to any property to Her Majesty. Instead, the Crown's argument places considerable weight on the common law meaning of the words "beneficially owned by Her Majesty" and "in trust". Trusts and beneficial ownership are equitable concepts that are part of the common law. As in all cases of statutory interpretation, the meaning of these words is a question of parliamentary intent. In the interpretation of a federal statute that uses concepts of property and civil rights, reference

la Cour à définir de façon exhaustive la nature et le contenu de l'intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR* (*Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, et *First Vancouver*). Il suffit de déterminer si le par. 227(4.1) confère à Sa Majesté un intérêt dans les actifs du débiteur de nature à empêcher un tribunal d'ordonner des charges ayant priorité sur la réclamation de Sa Majesté. La Couronne soutient que c'est ce que fait le par. 227(4.1) en accordant à Sa Majesté un intérêt à titre de propriétaire dans les actifs du débiteur, de sorte que [TRADUCTION] « ces actifs deviennent des biens de la Couronne » (m.a., par. 46). L'argument de la Couronne repose sur le libellé de la disposition. Premièrement, elle affirme que des biens d'une valeur égale au montant réputé détenu en fiducie par une personne sont réputés détenus « séparés des propres biens de la personne ». Deuxièmement, elle affirme que les biens qui sont réputés détenus en fiducie sont réputés « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne ». Troisièmement, elle fait valoir que les biens qui sont réputés détenus en fiducie « sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ». La Couronne soutient qu'en raison de l'intérêt que possède Sa Majesté à titre de propriétaire, les montants assujettis à la fiducie réputée ne peuvent être considérés comme des actifs du débiteur dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la *LACC*.

[39] Afin de déterminer si le par. 227(4.1) confère à Sa Majesté un intérêt à titre de propriétaire, il nous faut examiner la nature des droits que la fiducie réputée confère à Sa Majesté et comparer ces droits à ceux habituellement accordés à un propriétaire. D'entrée de jeu, il est évident que la loi ne vise pas à transférer à Sa Majesté le titre en common law de quelque bien que ce soit. Au soutien de sa thèse, la Couronne table beaucoup sur le sens que la common law donne aux termes « biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire » et « en fiducie ». La fiducie et la propriété bénéficiaire sont des concepts d'equity qui font partie de la common law. Comme pour tous les cas d'interprétation des lois, le sens de ces termes dépend de l'intention du législateur. Dans l'interprétation d'une loi fédérale

must be had to ss. 8.1 and 8.2 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. These sections provide:

8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

8.2 Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.

[40] In other words, where Parliament uses a private law expression and is silent as to its meaning, courts must refer to the applicable provincial private law. This is known as the principle of complementarity. However, as both these sections also make clear, Parliament is free to derogate from provincial private law and create a uniform rule across all provinces (see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 158-59).

[41] In this case, Parliament has expressly chosen to dissociate itself from provincial private law. Section 227(4.1) says that it operates “[n]otwithstanding any other provision of this Act, the Bankruptcy and Insolvency Act (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law”. In *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94, the majority found that, through these words, Parliament has created a standalone scheme of uniform application across all provinces (paras. 11-13). The nature of the deemed trust created by s. 227(4.1) must thus be understood on its own terms.

qui fait appel à des notions de propriété et de droits civils, il faut se référer aux art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21. Ces articles sont ainsi libellés :

8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

8.2 Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.

[40] En d'autres termes, lorsque le législateur utilise une expression de droit privé et qu'il n'en précise pas le sens, les tribunaux doivent se référer au droit privé provincial applicable. C'est ce qu'on appelle le principe de complémentarité. Toutefois, comme ces deux articles l'indiquent clairement, il est loisible au législateur de déroger au droit privé provincial et de créer une règle uniforme applicable dans toutes les provinces (voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 158-159).

[41] En l'espèce, le législateur a délibérément choisi de se dissocier du droit privé provincial. Le paragraphe 227(4.1) indique qu'il s'applique « [m]algré les autres dispositions de la présente loi, la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit ». Dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94, la majorité a conclu que, par ces termes, le législateur a créé un régime autonome d'application uniforme dans toutes les provinces (par. 11-13). La nature de la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) doit donc être comprise d'après les termes de cette disposition.

[42] With that said, it is also clear that Parliament has chosen to use terms with established legal meanings in constructing the deemed trust. While the meaning of these terms is not to be based on their precise meaning under Alberta common law, it is difficult to attempt to understand s. 227(4.1) without any reference to how these concepts generally operate. Despite the protestations of my colleagues Justices Brown and Rowe, I do not see how we could begin to understand the meaning of the words “deemed trust”, “held in trust” or “beneficially owned” without reference to the civil law or common law. The law of trusts in both civil law and common law thus provides critical context for understanding Parliament’s intent. From a civil law perspective, some courts have found it awkward to apply the idea of beneficial ownership under s. 227(4.1) in Quebec “on the ground that it is a concept that is obviously derived from the common law” (*Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d’Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, at para. 48). I agree with the following observation by Noël J.A. (as he then was):

It is not the task of the judiciary to determine whether it is appropriate for Parliament to use common law concepts in Quebec (or to use civil law concepts elsewhere in Canada) for the purpose of giving effect to federal legislation. The task of the courts is limited to discovering Parliament’s intention and giving effect to it. [para. 49]

[43] Under Quebec civil law, it is clear that s. 227(4.1) does not establish a trust within the meaning of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). Articles 1260 and 1261 C.C.Q. provide the following:

1260. A trust results from an act whereby a person, the settlor, transfers property from his patrimony to another patrimony constituted by him which he appropriates to a particular purpose and which a trustee undertakes, by his acceptance, to hold and administer.

1261. The trust patrimony, consisting of the property transferred in trust, constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right.

[42] Cela dit, il est également clair que le législateur a choisi d’employer des termes qui possèdent une signification juridique bien établie pour constituer la fiducie réputée. Bien que le sens de ces termes ne doive pas être fondé sur le sens précis qu’ils ont selon la common law de l’Alberta, on peut difficilement analyser le par. 227(4.1) sans tenir compte de la façon dont ces concepts opèrent généralement. Malgré les protestations de mes collègues les juges Brown et Rowe, je ne vois pas comment l’on pourrait chercher à comprendre le sens des mots « fiducie réputée », « détenus en fiducie » ou « droit de bénéficiaire » sans tenir compte du droit civil ou de la common law. Le droit des fiducies tant en droit civil qu’en common law fournit donc un contexte essentiel pour comprendre la volonté de législateur. Du point de vue du droit civil, certains tribunaux ont trouvé difficile d’appliquer au Québec le concept de « droit de bénéficiaire » énoncé au par. 227(4.1), « au motif qu’il s’agit d’un concept évidemment issu de la common law » (*Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d’Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, par. 48). Je souscris à la remarque suivante du juge Noël (maintenant juge en chef) :

La question de savoir s’il est opportun pour le législateur fédéral d’utiliser au Québec des concepts de common law (ou d’utiliser ailleurs au Canada des concepts de droit civil) pour donner effet aux lois fédérales ne relève pas du pouvoir judiciaire. La tâche des tribunaux se limite à déceler l’intention du législateur et [à] y donner effet. [par. 49]

[43] En droit civil québécois, il est clair que le par. 227(4.1) ne crée pas de fiducie au sens du *Code civil du Québec* (« C.C.Q. »). Les articles 1260 et 1261 C.C.Q. prévoient ce qui suit :

1260. La fiducie résulte d’un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu’il constitue, des biens qu’il affecte à une fin particulière et qu’un fiduciaire s’oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

1261. Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d’affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d’entre eux n’a de droit réel.

As this Court held in *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758, at para. 31, “[t]hree requirements must therefore be met in order for a trust to be constituted [under Quebec civil law]: property must be transferred from an individual’s patrimony to another patrimony by appropriation; the property must be appropriated to a particular purpose; and the trustee must accept the property.”

[44] Under s. 227(4.1) of the *ITA*, however, no specific property is transferred to a trust patrimony. Indeterminacy remains as to which assets are subject to the deemed trust, *ergo*, as to which assets left the settlor’s patrimony and entered the trust’s patrimony. Although s. 227(4.1) provides that the assets are deemed to be held “separate and apart from the property of the person” and “to form no part of the estate or property of the person”, this is not sufficient to constitute an autonomous patrimony such as the one contemplated by the civilian trust regime. It flows from the autonomous nature of the trust patrimony that assets held in trust must be property in which none of the settlor, trustee or beneficiary has any property right. But this runs afoul of the interest created by s. 227(4.1), because nothing in that provision deprives the person whose assets are subject to a deemed trust of property rights in these assets. Therefore, the main element of a civilian trust is absent in the deemed trust established by s. 227(4.1): there is no autonomous patrimony to which specific property is transferred.

[45] Furthermore, under s. 227(4.1), the person whose assets are subject to the deemed trust would act as trustee. Again, this is inconsistent with the definition of a trustee in civil law. The person whose assets are subject to a deemed trust pursuant to s. 227(4.1) does not “undertak[e], by his acceptance, to hold and administer” a trust patrimony (art. 1260 *C.C.Q.*). But most importantly, the fact that assets subject to the deemed trust are indeterminate makes the trustee’s role effectively impossible to play. The *C.C.Q.* provides that the trustee “has the control and the exclusive administration of the trust patrimony” and “acts as the administrator of the property of others charged with full administration” (art. 1278).

Comme l’a statué notre Cour dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758, par. 31, « [t]rois conditions sont donc nécessaires pour la constitution d’une fiducie [en droit civil québécois] : le transfert de biens du patrimoine d’une personne à un patrimoine d’affectation, l’affectation des biens à une fin particulière et l’acceptation par un fiduciaire. »

[44] Toutefois, selon le par. 227(4.1) de la *LIR*, aucun bien précis n’est transféré au patrimoine fiduciaire. L’incertitude demeure quant aux biens assujettis à la fiducie réputée et, partant, quant aux actifs qui ont quitté le patrimoine du constituant pour entrer dans celui de la fiducie. Bien que le par. 227(4.1) dispose que les biens soient réputés détenus « séparés des propres biens de la personne » et « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne », cela ne suffit pas pour constituer un patrimoine autonome tel que celui envisagé par le régime civiliste de fiducie. Il découle du caractère autonome du patrimoine fiduciaire que les actifs détenus en fiducie doivent être des biens sur lesquels ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n’a de droit de propriété. Cela va toutefois à l’encontre de l’intérêt créé en vertu du par. 227(4.1), parce que rien dans cette disposition ne prive la personne dont les actifs sont sujets à une fiducie réputée de droits de propriété sur ces actifs. Par conséquent, on ne retrouve pas l’élément principal d’une fiducie civiliste dans la fiducie réputée créée en application du par. 227(4.1) : il n’existe aucun patrimoine autonome auquel sont transférés des biens précis.

[45] En outre, selon le par. 227(4.1), la personne dont les actifs sont assujettis à la fiducie réputée agirait comme fiduciaire. Là encore, cela ne cadre pas avec la définition d’un fiduciaire en droit civil. La personne dont les actifs sont assujettis à une fiducie réputée en application du par. 227(4.1) ne « s’oblige [pas], par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer » le patrimoine fiduciaire (art. 1260 *C.c.Q.*). Mais plus important encore, le fait que les actifs assujettis à la fiducie réputée sont indéterminés empêche carrément le fiduciaire de jouer son rôle. Aux termes du *C.c.Q.*, celui-ci « a la maîtrise et l’administration exclusive du patrimoine fiduciaire » et « exerce tous les droits afférents au

Thus, the trustee under s. 227(4.1) would be required to administer its own property — or at least an indefinite part of it — in the interest of Her Majesty (art. 1306 *C.C.Q.*). The trustee would be subject to obligations impossible to fulfill, such as the obligation not to mingle the administered property with its own (art. 1313 *C.C.Q.*). Obviously, one cannot act as an administrator of the property of others with respect to one's own property. It is therefore clear that the interest created by s. 227(4.1) has little, if anything, in common with the trust in civil law.

[46] In the common law, a trust arises when legal ownership and beneficial ownership of a particular property are separated (see *Valard Construction Ltd. v. Bird Construction Co.*, 2018 SCC 8, [2018] 1 S.C.R. 224, at para. 18). “Because a trust divides legal and beneficial title to property between a trustee and a beneficiary, respectively, the ‘hallmark’ characteristic of a trust is the fiduciary relationship existing between the trustee and the beneficiary, by which the trustee is to hold the trust property solely for the beneficiary’s enjoyment” (para. 17 (footnote omitted)). As Rothstein J. wrote, because of this fiduciary relationship, “[t]he beneficial owner of property has been described as ‘the real owner of property even though it is in someone else’s name’” (*Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795, at para. 4, quoting *Csak v. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567 (Ont. H.C.J.), at p. 570).

[47] While the precise rights given to a beneficial owner may vary according to the terms of the trust and the principles of equity, I agree with the Crown that, where this type of interest exists, it will generally be inappropriate for the supervising judge to order a super-priority charge over the property subject to the interest, although the broad power conferred on the court by s. 11 of the *CCAA* would enable it to do so. Property held in trust cannot be said to belong to the trustee because “in equity, it belongs to another person” (*Henfrey*, at p. 31). However, a close

patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l’affectation » (art. 1278). Ainsi, le fiduciaire visé au par. 227(4.1) serait tenu d’administrer ses propres biens — ou à tout le moins une partie indéterminée de ceux-ci — dans l’intérêt de Sa Majesté (art. 1306 *C.c.Q.*). Le fiduciaire serait assujéti à des obligations impossibles à remplir, comme celle de ne pas confondre les biens administrés avec ses propres biens (art. 1313 *C.c.Q.*). De toute évidence, une personne ne saurait agir en tant qu’administrateur des biens d’autrui à l’égard de ses propres biens. Il est donc clair que l’intérêt créé en vertu du par. 227(4.1) n’a pas grand-chose, sinon rien, en commun avec la fiducie en droit civil.

[46] En common law, une fiducie est constituée lorsque la propriété en common law et la propriété bénéficiaire d’un bien en particulier sont dissociées (voir *Valard Construction Ltd. c. Bird Construction Co.*, 2018 CSC 8, [2018] 1 R.C.S. 224, par. 18). « Étant donné que la fiducie divise le titre de propriété en common law et le titre bénéficiaire sur un bien entre un fiduciaire et un bénéficiaire, respectivement, la caractéristique [TRADUCTION] “distinctive” d’une fiducie réside dans la relation fiduciaire qui existe entre le fiduciaire et le bénéficiaire et suivant laquelle le premier doit détenir les biens en fiducie uniquement pour que le second puisse en jouir » (par. 17 (note en bas de page omise)). Ainsi que le juge Rothstein l’a écrit, du fait de cette relation fiduciaire, « [l]e propriétaire bénéficiaire d’un bien est [TRADUCTION] “le véritable propriétaire du bien même si ce dernier n’est pas à son nom” » (*Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795, par. 4, citant *Csak c. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567 (H.C.J. Ont.), p. 570).

[47] Bien que les droits précis conférés au propriétaire bénéficiaire puissent varier selon les modalités de la fiducie et les principes d’equity, je suis d’accord avec la Couronne pour dire que, lorsque la propriété bénéficiaire existe, il n’est généralement pas indiqué que le juge surveillant grève d’une charge super-prioritaire les biens faisant l’objet de l’intérêt, encore que le vaste pouvoir conféré au tribunal par l’art. 11 de la *LACC* lui permettrait de le faire. On ne peut pas dire que les biens détenus en fiducie appartiennent au fiduciaire parce qu’« en equity, ils appartiennent

examination of the nature of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA* reveals that it does not create this type of interest because “[t]he employer is not actually required to hold the money separate and apart, the usual fiduciary obligations of a trustee are absent, and the trust exists without a *res*. The law of tracing is similarly corrupted” (R. J. Wood and R. T. G. Reeson, “The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust: *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.*” (2000), 15 *B.F.L.R.* 515, at p. 532). In other words, the key attributes that allow the common law to refer to beneficial ownership as being a proprietary interest are missing.

[48] According to the common law understanding of a trust, the legal owner or trustee owes a fiduciary duty to the equitable owner or beneficiary. The fiduciary relationship impresses the office of trustee with three fundamental duties: the trustee must act honestly and with reasonable skill and prudence, the trustee cannot delegate the office, and the trustee cannot personally profit from its dealings with the trust property or its beneficiaries (see *Valard*, at para. 17). This severely restricts what the trustee may do with trust property and creates a relationship significantly different from the one between a debtor and a creditor. For instance, while a debtor may attempt to reduce its debt or reach a compromise, a trustee cannot, since it must always act in the best interest of the beneficiary and cannot consider its own interests. Similarly, while a debtor is liable to a creditor until the debt is repaid, a trustee is not liable to a beneficial owner where property is lost, unless it was lost through a breach of the standard of care owed (see E. E. Gillese, *The Law of Trusts* (3rd ed. 2014), at p. 14). In the case of the deemed trust, however, Parliament did not create such a fiduciary relationship. Parliament expressly contemplated a potential compromise between Her Majesty and the debtor in s. 6(3) of the *CCAA*. In addition, the terms of the *ITA* do not require that the debtor actually keep the property subject to the deemed trust separate and use it solely for the benefit of Her Majesty. In fact, Her Majesty does not enjoy the benefit of Her interest in the property while the property is held by

à une autre personne » (*Henfrey*, p. 31). Toutefois, un examen attentif de la nature de l’intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR* révèle que ce dernier ne crée pas de propriété bénéficiaire parce que [TRANSDUCTION] « [l]’employeur n’est pas réellement tenu de détenir l’argent séparément, les obligations fiduciaires habituelles d’un fiduciaire sont absentes et la fiducie n’est associée à aucun bien spécifique. Le droit de retraçage s’en trouve lui aussi vicié » (R. J. Wood et R. T. G. Reeson, « The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust : *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.* » (2000), 15 *B.F.L.R.* 515, p. 532). En d’autres termes, on ne retrouve pas les caractéristiques essentielles qui permettent en common law de qualifier la propriété bénéficiaire d’intérêt à titre de propriétaire.

[48] Selon la conception que l’on se fait de la fiducie en common law, le propriétaire en common law ou le fiduciaire a une obligation fiduciaire envers le propriétaire en equity ou envers le propriétaire bénéficiaire. La relation fiduciaire attribue à la charge de fiduciaire trois devoirs fondamentaux : le fiduciaire doit agir honnêtement et de façon habile et prudente; le fiduciaire ne peut déléguer sa charge à autrui et le fiduciaire ne peut tirer un avantage personnel des opérations qu’il mène à l’égard des biens de la fiducie ou de ses rapports avec ses bénéficiaires (voir *Valard*, par. 17). Cela limite considérablement la marge de manœuvre du fiduciaire à l’égard des biens visés par la fiducie et crée une relation très différente de celle qui existe entre un débiteur et un créancier. Par exemple, si un débiteur peut chercher à réduire sa dette ou à trouver un compromis, un fiduciaire doit toujours agir dans l’intérêt supérieur du bénéficiaire et ne peut tenir compte de ses propres intérêts. De même, alors que le débiteur est redevable envers le créancier tant qu’il n’a pas remboursé sa dette, le fiduciaire n’est pas redevable envers le propriétaire bénéficiaire en cas de perte des biens, à moins que cette perte ne soit attribuable à l’inobservation de la norme de diligence à laquelle il était tenu (voir E. E. Gillese, *The Law of Trusts* (3^e éd. 2014), p. 14). Dans le cas de la fiducie réputée, cependant, le législateur n’a pas créé une telle relation fiduciaire. Il a expressément envisagé un compromis potentiel entre Sa Majesté et le débiteur au par. 6(3) de la *LACC*. En outre, le libellé de la *LIR* n’oblige pas le débiteur à

the debtor. Instead, Parliament contemplated that the debtor would continue to use and dispose of the property subject to the trust for its own business purposes (see *First Vancouver*, at paras. 42-46).

[49] Another core attribute of beneficial ownership is certainty as to the property that is subject to the trust (see Gillese, at p. 39). Many deemed trusts fail to provide for certainty of subject matter. For instance, in *Henfrey*, the Court considered the deemed trust created by the British Columbia *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388. Like s. 227(4.1) of the *ITA*, the *Social Service Tax Act* provided that tax collected but not remitted was deemed to be held in trust for Her Majesty. It further provided that unremitted amounts were deemed to be held separate and apart from and form no part of the assets or estate of the tax collector. While McLachlin J. found that the property was identifiable at the time the tax was collected, she noted that “[t]he difficulty in this, as in most cases, is that trust property soon ceases to be identifiable. The tax money is mingled” (p. 34). Therefore, she concluded that there was no trust under general principles of equity. The legislature’s attempt to resolve this problem by deeming the amounts to be separate from and form no part of the tax debtor’s property was merely a tacit acknowledgment that “the reality is that after conversion the statutory trust bears little resemblance to a true trust. There is no property which can be regarded as being impressed with a trust” (p. 34).

[50] In *First Vancouver*, this Court examined the nature of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA*. Writing for the Court, Iacobucci J. held that this provision creates a charge which “is in principle similar to a floating charge over all the assets of the tax debtor in the amount of the default” (para. 40). He concluded that Parliament specifically intended to create a charge with fluidity, a charge that could

scinder effectivement les biens assujettis à la fiducie réputée et à les utiliser uniquement au profit de Sa Majesté. En fait, Sa Majesté ne bénéficie pas de l’intérêt qu’elle possède dans le bien tant que celui-ci est détenu par le débiteur. Le législateur a plutôt envisagé que le débiteur continuerait à utiliser et à aliéner les biens assujettis à la fiducie à ses propres fins commerciales (voir *First Vancouver*, par. 42-46).

[49] Une autre caractéristique essentielle de la propriété bénéficiaire est la certitude quant aux biens assujettis à la fiducie (voir Gillese, p. 39). Bon nombre de fiducies réputées ne satisfont pas au critère de la certitude quant à l’objet. Par exemple, dans l’affaire *Henfrey*, la Cour examinait une fiducie réputée créée en vertu de la *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, de la Colombie-Britannique. À l’instar du par. 227(4.1) de la *LIR*, la *Social Service Tax Act* prévoyait que l’impôt perçu, mais non versé, était réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté. Elle prévoyait également que les montants non versés étaient réputés détenus séparément et ne pas faire partie du patrimoine ou des biens du percepteur d’impôt. Bien que la juge McLachlin ait conclu que le bien en fiducie était identifiable au moment de la perception de la taxe, elle a souligné que « [l]a difficulté que présente l’espèce, qui est la même que dans la plupart des autres cas, vient de ce que le bien en fiducie cesse bientôt d’être identifiable. Le montant de la taxe est confondu avec d’autres sommes » (p. 34). Elle a donc conclu qu’il n’y avait pas de fiducie selon les principes généraux de l’équité. La tentative de la législature de résoudre ce problème en déclarant que ce montant serait réputé détenu séparément du patrimoine du débiteur fiscal n’était qu’une reconnaissance tacite du fait qu’« en réalité, après l’affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable. Il n’y a pas de bien qu’on puisse considérer comme sujet à la fiducie » (p. 34).

[50] Dans l’affaire *First Vancouver*, notre Cour s’est penchée sur la nature de l’intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR*. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci a conclu que cette disposition crée une charge « s’apparentant, sur le plan des principes, à une charge flottante grevant, jusqu’à concurrence du montant en souffrance, l’ensemble des éléments d’actif du débiteur fiscal » (par. 40). Il

readily float over all of the debtor's assets rather than attach to a particular one (para. 33). Parliament's intention was to capture any property that comes into the possession of the tax debtor whilst simultaneously allowing any asset to be alienated and the proceeds of disposition to be captured (para. 5).

[51] This lack of certainty as to the subject matter of the trust is even starker in the present case than in *Henfrey* or in *Sparrow Electric*, where there was certainty as to the assets until they were mingled. Section 227(4.1) purports to bring all assets owned by the debtor within its reach. Despite the wording of the section, this interest — one of the same nature as a “floating charge” — has no particular property to which it attaches. Without certainty of subject matter, equity cannot know which property the debtor has a fiduciary obligation to maintain in the beneficiary's interest and thus “[t]he notion of a trust without a *res* simply cannot be made sensible or coherent” (Wood and Reeson, at pp. 532-33 (footnote omitted); see also *Sparrow Electric*, at para. 31).

[52] Parliament's decision to avoid certainty of subject matter was an intentional modification to the deemed trust following this Court's decision in *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182. In *Dauphin Plains*, the Court refused to enforce Her Majesty's claim because the Crown had failed to establish that the moneys purported to be deducted actually existed or were kept in such a way as to be traceable (p. 1197). Traceability is another key aspect of a beneficial interest, since it allows the beneficial owner to enjoy the benefits of ownership, such as income from the property. It also ensures that the beneficial owner is responsible for the costs of ownership. By choosing not to attach Her Majesty's claim to any particular asset, Parliament has protected Her Majesty from the risks associated with asset ownership, including damage, depreciation and loss. I agree with Gonthier J., who, speaking of the predecessor to s. 227(4.1) (albeit in dissent), said

a conclu que le législateur souhaitait expressément créer une charge qui se caractériserait par une certaine fluidité et qui grèverait d'emblée la totalité des biens du débiteur plutôt qu'un bien en particulier (par. 33). L'intention du législateur était de viser tout bien se retrouvant en la possession du débiteur fiscal tout en permettant à ce dernier de se départir de tout bien et d'assujettir à la fiducie réputée le produit de la disposition de ce bien (par. 5).

[51] Cette incertitude quant à l'objet de la fiducie est encore plus frappante en l'espèce que dans l'affaire *Henfrey* ou dans l'affaire *Sparrow Electric*, où il y avait certitude quant aux biens jusqu'au moment où ils avaient été confondus avec d'autres biens. Le paragraphe 227(4.1) a vocation de faire entrer dans son champ d'application tous les biens appartenant au débiteur. Malgré le libellé de la disposition, cet intérêt — qui participe de la nature d'une « charge flottante » — n'est associé à aucun bien spécifique. Sans certitude quant à l'objet, l'equity ne peut savoir sur quels biens porte l'obligation fiduciaire du débiteur stipulée au profit du bénéficiaire, de sorte qu'on [TRADUCTION] « ne peut tout simplement pas justifier l'idée d'une fiducie qui n'est associée à aucun bien précis » (Wood et Reeson, p. 532-533 (note en bas de page omise); voir aussi *Sparrow Electric*, par. 31).

[52] La décision du législateur de dispenser de l'obligation de démontrer la certitude quant à l'objet est une modification intentionnelle qu'il a apportée à la fiducie réputée à la suite de la décision rendue par notre Cour dans *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182. Dans l'arrêt *Dauphin Plains*, la Cour a refusé de rendre exécutoire la réclamation de Sa Majesté parce que la Couronne n'avait pas établi que les sommes censées être retenues existaient bel et bien ou qu'elles avaient été conservées de façon à pouvoir être retracées (p. 1197). La possibilité de retracer l'origine des biens est un autre aspect essentiel de l'intérêt bénéficiaire puisqu'elle permet au propriétaire bénéficiaire de profiter des avantages de la propriété, comme les revenus tirés du bien. Elle garantit également que le propriétaire bénéficiaire est responsable des coûts de la propriété. En décidant de n'associer la créance de Sa Majesté à aucun bien en particulier, le législateur a protégé Sa Majesté des risques que comporte la

that “this subsection is antithetical to tracing in the traditional sense, to the extent that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset which the subject matter is being traced into” (*Sparrow Electric*, at para. 37). Had Parliament wanted to confer a beneficial ownership interest upon Her Majesty, it would have had to impose these associated risks as well.

[53] For the same reason as in *Henfrey*, the statement that property is deemed to be removed from the debtor’s estate is equally ineffective at preventing a judge from ordering super priorities over the debtor’s property. Because the deemed trust does not attach to specific property and the debtor remains free to alienate any of its assets, no property is actually removed from the debtor’s estate.

[54] This interpretation is supported by the existence of s. 227(4.2) of the *ITA*, which specifically anticipates other interests taking priority over the deemed trust (something that would be impossible if there were an ownership interest). It states that “[f]or the purposes of subsections 227(4) and 227(4.1), a security interest does not include a prescribed security interest”. In the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 2201(1), the Governor in Council has defined “prescribed security interest” as a registered mortgage “that encumbers land or a building, where the mortgage is registered . . . before the time the amount is deemed to be held in trust by the person”. Therefore, in certain situations, mortgage holders take priority over Her Majesty.

[55] I reiterate that, without specific property to attach to, there can be no trust. The fact that s. 227(4.1) specifically anticipates that the character of assets will change over time and automatically releases any assets that the debtor chooses to alienate from the deemed trust means that Parliament had in mind something different from beneficial ownership in the

propriété d’un bien, y compris l’endommagement, la dépréciation et la perte. Je suis d’accord avec le juge Gonthier, qui (même s’il était dissident), déclarait au sujet du prédécesseur du par. 227(4.1) : « . . . ce paragraphe est à l’opposé du sens traditionnel du mot “retracer”, dans la mesure où il ne nécessite aucun lien entre l’objet de la fiducie et le fonds ou l’actif auquel on rattache cet objet . . . » (*Sparrow Electric*, par. 37). Mais, si le législateur avait voulu conférer un intérêt de propriété bénéficiaire à Sa Majesté, il lui aurait fallu aussi faire supporter à cette dernière les risques qui y sont associés.

[53] Pour la même raison que dans l’affaire *Henfrey*, l’énoncé selon lequel des biens sont réputés soustraits au patrimoine du débiteur est tout aussi inefficace pour empêcher un juge de grever les biens du débiteur de charges super prioritaires. Puisque la fiducie réputée n’est associée à aucun bien spécifique, et que le débiteur reste libre d’aliéner n’importe lequel de ses biens, aucun bien n’est soustrait en fait de son patrimoine.

[54] Cette interprétation est appuyée par l’existence du par. 227(4.2) de la *LIR*, qui prévoit expressément que d’autres intérêts prennent rang devant la fiducie réputée (ce qui serait impossible s’il existait un intérêt à titre de propriétaire). Il dispose que « [p]our l’application des paragraphes (4) et (4.1), n’est pas une garantie celle qui est visée par règlement ». Dans le *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945, par. 2201(1), le gouverneur en conseil a défini comme suit la garantie visée par règlement : « . . . hypothèque garantissant l’exécution d’une obligation de la personne qui greve un fonds de terre ou un bâtiment, à condition que l’hypothèque soit enregistrée [. . .] avant le moment où la personne est réputée détenir le montant en fiducie ». Par conséquent, dans certaines situations, les créanciers hypothécaires ont priorité sur Sa Majesté.

[55] Je répète qu’il ne peut y avoir de fiducie si aucun bien précis n’y est associé. Le fait que le par. 227(4.1) prévoit expressément que la nature des biens change avec le temps, et ce, indépendamment des biens que le débiteur choisit de soustraire à la fiducie réputée, démontre que le législateur avait autre chose en tête que la propriété bénéficiaire au sens où

common law sense of the word. I tend to agree with Noël J.A.’s assessment of s. 227(4.1): “The deemed trust mechanism, whether applied in Quebec or elsewhere, effectively creates in favour of the Crown a security interest . . .” (*Caisse populaire d’Amos*, at para. 46).

[56] Other scholars agree that s. 227(4.1) “merely secures payment or performance of an obligation” (R. J. Wood, “Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*” (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85, at p. 95; see also A. Duggan and J. Ziegel, “Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security” (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, at pp. 245-46). Wood and Reeson reach the particularly damning conclusion that “[t]he concept of a trust is used in the legislation, but in virtually every respect the characteristics of a trust are lacking” and thus “the use of inappropriate legal concepts” has led to the creation of a “statutory provision [that] is deeply flawed” (pp. 531-32). They “suspec[t] that the intention of the drafters was that Revenue Canada should obtain a charge on all the assets of the debtor”, and they state that “the statutory deemed trust is nothing more than a legislative mechanism that is intended to create a non-consensual security interest in the assets of the employer” (p. 533).

[57] Nonetheless, for our purposes it is not necessary to conclusively determine whether the interest created by s. 227(4.1) should be characterized as a security interest. What is clear is that s. 227(4.1) does not create a beneficial interest that can be considered a proprietary interest. Like the deemed trust at issue in *Henfrey*, it “does not give [the Crown] the same property interest a common law trust would” (p. 35). Without attaching to specific property, creating the usual right to the enjoyment of property or the fiduciary obligations of a trustee, the interest created by s. 227(4.1) lacks the qualities that allow a court to refer to a beneficiary as a beneficial owner. Therefore, I do not accept the Crown’s argument that Her Majesty has a proprietary interest in a debtor’s property that is adequate to prevent the exercise of a

l’entend la common law. Je suis portée à souscrire à l’avis du juge Noël sur le par. 227(4.1) : « Le mécanisme de la fiducie réputée, qu’il soit appliqué au Québec ou ailleurs, a comme effet de créer en faveur de la Couronne une garantie . . . » (*Caisse populaire d’Amos*, par. 46).

[56] D’autres universitaires sont d’accord pour dire que le par. 227(4.1) [TRADUCTION] « garantit simplement le paiement ou l’exécution d’une obligation » (R. J. Wood, « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85, p. 95; voir aussi A. Duggan et J. Ziegel, « Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security » (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, p. 245-246). Wood et Reeson en arrivent à la conclusion particulièrement accablante que [TRADUCTION] « [l]a loi utilise le concept de fiducie, mais à presque tous les égards, les caractéristiques de la fiducie sont absentes », de sorte que « le recours à des concepts juridiques inadaptés » a mené à la création d’une « disposition législative profondément déficiente » (p. 531-532). Ils [TRADUCTION] « soupçonne[nt] que l’intention des rédacteurs était que Revenu Canada se voit conférer une charge grevant l’ensemble du patrimoine du débiteur », et ajoutent que « la fiducie réputée créée par la loi n’est rien de plus qu’un mécanisme législatif visant à créer une garantie non consensuelle grevant les biens de l’employeur » (p. 533).

[57] Néanmoins, pour nos besoins, il n’est pas nécessaire de trancher de façon définitive la question de savoir si l’intérêt créé par le par. 227(4.1) doit être qualifié de garantie. Ce qui est clair, en revanche, c’est que le par. 227(4.1) ne crée pas un droit de bénéficiaire qui peut être considéré comme un intérêt à titre de propriétaire. À l’instar de la fiducie réputée dont il était question dans l’affaire *Henfrey*, le par. 227(4.1) « ne confère pas [à la Couronne] le même droit de propriété qu’une fiducie de *common law* » (p. 35-36). N’étant associé à aucun bien précis, ce qui conférerait à son titulaire le droit habituel à la jouissance du bien ou imposerait les obligations d’un fiduciaire, l’intérêt créé par le par. 227(4.1) ne possède pas les attributs qui permettent à un tribunal de qualifier le bénéficiaire de propriétaire bénéficiaire.

supervising judge’s discretion to order super-priority charges under s. 11 of the *CCAA* or any of the sections that follow it.

(2) Does Section 227(4.1) of the *ITA* Create a Super Priority That Conflicts With a Court-Ordered Super-Priority Charge?

[58] The Crown also refers to the part of s. 227(4.1) which states that the Receiver General shall be paid the proceeds of a debtor’s property “in priority to all such security interests”, as defined in s. 224(1.3). In the Crown’s view, court-ordered super-priority charges under s. 11 of the *CCAA* or any of the sections that follow it are security interests within the meaning of s. 224(1.3) and therefore Her Majesty’s interest has priority over them.

[59] My colleagues Justices Brown and Rowe point to the legislative history of s. 227(4.1) as evidence that Parliament intended Her Majesty’s deemed trust to have “absolute priority” over all other security interests (para. 201). In particular, they rely upon Justice Iacobucci’s comment in *Sparrow Electric* that “it is open to Parliament to step in and assign absolute priority to the deemed trust” by using the words “shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest” (para. 202, citing *Sparrow Electric*, at para. 112). They further rely upon the press release accompanying the amendments, which stated that the deemed trust was to have absolute priority.

[60] With respect, I disagree with this reasoning. *Sparrow Electric* dealt with a type of interest very different from the one before us now. In *Sparrow Electric*, this Court held that a fixed and specific charge over the tax debtor’s inventory had priority over Her Majesty’s deemed trust created by the *ITA*. Thus the purpose of the amendments was to “clarify that the deemed trusts for unremitted source

Par conséquent, je n’accepte pas l’argument de la Couronne selon lequel Sa Majesté a un intérêt à titre de propriétaire dans les biens du débiteur qui suffit à empêcher le juge surveillant d’ordonner des charges super prioritaires en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 11 de la *LACC* ou l’un ou l’autre des articles qui le suivent.

(2) Le paragraphe 227(4.1) de la *LIR* crée-t-il une super priorité qui entre en conflit avec une charge super prioritaire d’origine judiciaire?

[58] La Couronne s’appuie également sur la partie du par. 227(4.1) suivant laquelle le receveur général reçoit le produit découlant des biens du débiteur « par priorité sur une telle garantie », au sens du par. 224(1.3). De l’avis de la Couronne, les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal en vertu de l’art. 11 de la *LACC* ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent sont des garanties au sens du par. 224(1.3) et, partant, l’intérêt de Sa Majesté a priorité sur elles.

[59] Mes collègues les juges Brown et Rowe invoquent l’historique législatif du par. 227(4.1) comme preuve que le législateur voulait que la fiducie réputée de Sa Majesté ait une « priorité absolue » sur toutes les autres garanties (par. 201). Ils s’appuient en particulier sur le commentaire du juge Iacobucci dans l’arrêt *Sparrow Electric* selon lequel « il est loisible au législateur d’intervenir et d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée » en employant les mots « doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] » (par. 202, citant *Sparrow Electric*, par. 112). Ils s’appuient également sur le communiqué de presse accompagnant les modifications qui indiquait que la fiducie réputée devait avoir priorité absolue.

[60] Avec égards, je ne suis pas d’accord avec ce raisonnement. L’affaire *Sparrow Electric* portait sur un type d’intérêt très différent de celui dont nous avons à traiter aujourd’hui. Dans l’arrêt *Sparrow Electric*, notre Cour a jugé qu’une charge fixe et spécifique grevant les stocks du débiteur fiscal avait priorité sur la fiducie réputée que la *LIR* constitue en faveur de Sa Majesté. Les modifications cherchaient

deductions and GST apply whether or not other security interests have been granted in respect of the inventory or trade receivables of a business” (Department of Finance Canada, *Unremitted Source Deductions and Unpaid GST* (April 7, 1997), at p. 2). If Parliament had intended that the deemed trust have absolute priority, it would not have enacted s. 227(4.2) at the same time. As noted above, s. 227(4.2) provides that “a security interest does not include a prescribed security interest”, and thus specifically envisions that the deemed trust will not have absolute priority. In my view, by using the words “in priority to all such security interests” in s. 227(4.1), Parliament intended that the priority be absolute not over all possible interests, but only over security interests as defined in s. 224(1.3). What must therefore be determined is whether a court-ordered super-priority charge under the CCAA falls within that definition.

[61] Section 224(1.3) reads as follows:

security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest, or for civil law a right, created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for

[62] This definition is expansive. However, the list of illustrative security interests makes it clear that a super-priority charge created under the CCAA cannot fall within its meaning. Court-ordered super-priority charges are utterly different from any of the interests listed. These super-priority charges are granted, not for the sole benefit of the holder of the charge, but to facilitate restructuring in furtherance of the interests of all stakeholders. In this way, they benefit the creditors as a group. The fact that Parliament chose to provide a list of examples whose nature is so unlike that of a court-ordered super-priority charge demonstrates that it must have had a very different type of interest in mind when drafting s. 224(1.3). I

donc à « préciser que les fiducies [réputées] relatives aux retenues à la source non versées et à la TPS impayée s’appliquent indépendamment du fait que d’autres garanties aient été consenties à l’égard des stocks ou des comptes clients d’une entreprise » (Ministère des Finances du Canada, *Retenues à la source non versées et TPS impayée* (7 avril 1997), p. 2). Si le législateur avait voulu que la fiducie réputée ait priorité absolue, il n’aurait pas adopté simultanément le par. 227(4.2). Comme je l’ai mentionné plus haut, le par. 227(4.2) prévoit que « n’est pas une garantie celle qui est visée par règlement », et il envisage donc expressément que la fiducie réputée ne bénéficie pas d’une priorité absolue. À mon avis, en utilisant les mots « par priorité sur une telle garantie » au par. 227(4.1), le législateur voulait que la priorité soit absolue non pas sur toutes les garanties possibles, mais seulement sur les garanties au sens où on l’entend au par. 224(1.3). Il faut donc déterminer si une charge super prioritaire ordonnée par le tribunal en vertu de la LACC répond à cette définition.

[61] Voici la version anglaise du par. 224(1.3) :

security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest, or for civil law a right, created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for

[62] Cette définition est large. Il ressort toutefois de la liste d’exemples de garanties qu’une charge super prioritaire créée en vertu de la LACC n’y répond pas. Les charges super prioritaires d’origine judiciaire sont radicalement différentes de n’importe quel des intérêts énumérés. Ces charges super prioritaires sont constituées non pas au seul bénéfice de leur détenteur, mais pour faciliter la restructuration dans l’intérêt de toutes les parties prenantes. Elles bénéficient ainsi à l’ensemble des créanciers. Le fait que le législateur a choisi de dresser une liste d’exemples de nature tellement différente d’une charge super prioritaire démontre qu’il avait sûrement à l’esprit une garantie fort différente au moment où il a rédigé

could not agree more with Professor Wood about the limited class of interests that Parliament had in mind:

[Court-ordered super-priority charges] are fundamentally different in nature from security interests that arise by way of agreement between the parties and from non-consensual security interests that arise by operation of law. Court-ordered charges are unlike conventional consensual and non-consensual security interests in that they are integrally connected to insolvency proceedings that operate for the benefit of the creditors as a group. Given the fundamentally different character of court-ordered charges, it would be reasonable to expect that they would be specifically mentioned in the ITA definition of a security interest if they were to be included. [Emphasis added; p. 98.]

[63] My colleagues Brown and Rowe JJ. allege that this interpretation of s. 224(1.3) is contrary to our Court’s decision in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, where Rothstein J. wrote that the provided examples “do not diminish the broad scope of the words ‘any interest in property’ (para. 15; see also para. 14). With respect, I disagree with my colleagues. As Justice Rothstein explained at para. 40, his comments were made in response to the argument that the list of examples of security interests was exhaustive. I agree with him that the list of examples provided is not exhaustive. However, the examples remain illustrative of the types of interests that Parliament had in mind and are clearly united by a common theme or class because Parliament employed a compound “means . . . and includes” structure to establish its definition: “*security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes . . .*”. In my view, this structure evidences Parliament’s intent that the list have limiting effect, such that only the instruments enumerated and instruments that are similar in nature fall within the definition. The critical difference between the listed security interests and super-priority charges ordered under s. 11 of the CCAA or any of the sections that follow it explains both why the latter are excluded from the list of specific instruments and why there can be no suggestion that they may be included in the broader term “encumbrance” at

le par. 224(1.3). Je suis tout à fait d’accord avec le professeur Wood au sujet du nombre limité de garanties qu’avait en tête le législateur :

[TRADUCTION] [Les charges super prioritaires d’origine judiciaire] sont d’une nature radicalement différente de celle des garanties résultant de l’accord intervenu entre les parties ou des garanties non consensuelles découlant de l’application de la loi. Elles se distinguent des garanties consensuelles et non consensuelles classiques en ce qu’elles sont intimement liées aux procédures d’insolvabilité qui se déroulent au profit de l’ensemble des créanciers. Étant donné le caractère radicalement différent des charges d’origine judiciaire, il serait raisonnable de s’attendre à ce qu’elles soient expressément mentionnées dans la définition de « garantie » qui figure dans la LIR si elles devaient en faire partie. [Je souligne; p. 98.]

[63] Mes collègues les juges Brown et Rowe soutiennent que l’interprétation exposée ci-dessus du par. 224(1.3) va à l’encontre de l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond* de notre Cour, où le juge Rothstein a écrit que les exemples donnés « n’[ont] pas pour effet de limiter la portée générale de l’expression “[d]roit sur un bien” » (par. 15; voir aussi par. 14). Avec égards, je ne suis pas d’accord avec mes collègues. Comme l’a expliqué le juge Rothstein au par. 40, il a fait ses commentaires en réponse à l’argument selon lequel la liste des exemples de garanties était exhaustive. Je conviens avec lui que la liste des exemples fournis ne l’était pas. Cependant, les exemples illustrent toujours les types de garantie qu’avait à l’esprit le législateur et celles-ci sont clairement unies par une catégorie ou un thème commun parce que, dans la version anglaise du texte de loi, le législateur a structuré sa définition autour des termes « *means [. . .] and includes* » : « *security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes . . .* » À mon avis, cette formulation témoigne de l’intention du législateur de restreindre la portée de l’énumération, si bien que seuls les instruments énumérés ou les instruments de nature similaire répondent à la définition. La différence essentielle entre les garanties énumérées et les charges super prioritaires constituées en vertu de l’art. 11 de la LACC ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent explique

the end of that list. The *ejusdem generis* principle supports this position by limiting the generality of the final words on the basis of the narrow enumeration that precedes them (*National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1040). All of the other instruments arise by agreement or by operation of law. Therefore, court-ordered super-priority charges under s. 11 or any of the sections that follow it are different in kind from anything on the list.

[64] Using the list of specific examples to ascertain Parliament's intent in this case is also consistent with the presumption against tautology. In *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846, McLachlin C.J. defined this presumption in the following way:

It is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain: Sullivan, at p. 158. Thus, “[e]very word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose” (p. 158). This principle is often invoked by courts to resolve ambiguity or to determine the scope of general words.

(Para. 36, quoting R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 158; see also *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at para. 45.)

[65] The *ITA* contains two definitions of “security interest”, in s. 224(1.3) and s. 18(5). For the purposes of computing taxpayer income, Parliament chose to define “security interest” in s. 18(5) in nearly the same manner as in s. 224(1.3), but without listing the ten specific security instruments: “*security interest*, in respect of a property, means an interest in, or for civil law a right in, the property that secures payment of an obligation”. The presumption

à la fois leur exclusion de la liste des instruments spécifiques et le fait qu’elles ne sauraient être visées par la définition plus large du terme « charge » à la fin de cette liste. La règle *ejusdem generis* appuie cette position en limitant la portée générale des derniers termes sur la base de l’énumération des exemples précis qui les précède (*Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1040). Tous les autres instruments sont le résultat d’un accord ou de l’application de la loi. Par conséquent, les charges super prioritaires ordonnées par un tribunal en vertu de l’art. 11 ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent sont d’un type différent de toutes les garanties figurant dans l’énumération.

[64] Recourir à la liste d’exemples précis pour établir l’intention du législateur en l’espèce s’accorde aussi avec la présomption d’absence de tautologie. Dans l’arrêt *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God’s Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846, la juge en chef McLachlin définit ainsi cette présomption :

Le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s’exprimer en vain : Sullivan, p. 158. Partant, [TRADUCTION] « [c]haque mot d’une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur » (p. 158). Les tribunaux recourent souvent à ce principe pour résoudre une ambiguïté ou déterminer la portée d’un terme général.

(Par. 36, citant R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 158; voir aussi *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 45.)

[65] On retrouve dans la *LIR* deux définitions du terme « garantie », au par. 224(1.3) et au par. 18(5). Pour les besoins du calcul des revenus des contribuables, le législateur a choisi de définir au par. 18(5) le mot « garantie » d’une manière presque identique qu’au par. 224(1.3), sans toutefois énumérer les dix mêmes instruments de garantie spécifiques : « *garantie* Est une garantie relative à un bien tout intérêt ou, pour l’application du droit civil, tout droit sur le bien

against tautology means that we must presume that Parliament included the specific additional words in s. 224(1.3) because they “have a specific role to play in advancing the legislative purpose” (*Placer Dome*, at para. 45, quoting R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 159). Applying the presumption against tautology demonstrates that Parliament intended interpretive weight to be placed on the examples.

[66] To come back to *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, I agree with Rothstein J. that the definition of “security interest” in s. 224(1.3) of the *ITA* is expansive such that it “does not require that the agreement between the creditor and debtor take any particular form” (para. 15). However, I am of the view that there is a key restriction in this expansive definition. The definition focuses on interests created either by consensual agreement or by operation of law, and these types of interests are usually designed to protect the rights of a single creditor, usually to the detriment of other creditors. In that case, the Court was considering whether a right to compensation conferred on a single creditor by a contract entered into between that creditor and the debtor was a security interest within the meaning of s. 224(1.3). The situation at issue in that case was completely different than the one at issue in the present case. Indeed, in the present case, the interest of the participants in the restructuring is created by a court order, not by an agreement or by operation of law. As I have said above, when a judge orders a super-priority charge in *CCAA* proceedings, it is quite a different type of interest as the *CCAA* restructuring process benefits all creditors and not one in particular.

[67] Finally, if Parliament had wanted to include court-ordered super-priority charges in the definition of “security interest”, it would have said so specifically. Parliament must be taken to have legislated with the operation of the *CCAA* in mind. In the words of Professor Sullivan, “[t]he legislature is presumed to know its own statute book and to draft

qui garantit le paiement d’une obligation ». Selon la présomption d’absence de tautologie, il nous faut présumer que le législateur a inséré certains termes précis au par. 224(1.3) parce qu’ils « joue[nt] un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur » (*Placer Dome*, par. 45, citant R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 159). L’application de la présomption d’absence de tautologie démontre que le législateur voulait que l’on attribue une valeur interprétative aux exemples.

[66] Pour revenir à l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, je conviens avec le juge Rothstein que la définition de « garantie » figurant au par. 224(1.3) de la *LIR* est large de sorte qu’elle « n’exige pas que l’entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière » (par. 15). Mais si large soit-elle, elle contient à mon sens une limite importante. La définition est axée sur les intérêts créés par accord consensuel ou par application de la loi, et ces types d’intérêts visent habituellement à protéger les droits d’un seul créancier, en général au détriment des autres créanciers. Dans cette affaire, la Cour se demandait si un droit de compensation accordé à un seul créancier au moyen d’une convention intervenue entre ce créancier et la débitrice était une garantie au sens du par. 224(1.3). La situation en cause dans cette affaire était tout à fait différente de celle en l’espèce. En effet, dans la présente affaire, l’intérêt des participants à la restructuration est créé par ordonnance judiciaire, et non par accord ou par application de la loi. Comme je l’ai dit précédemment, lorsqu’un juge ordonne une charge super prioritaire dans une procédure intentée sous le régime de la *LACC*, il s’agit d’un type d’intérêt très différent, car le processus de restructuration prévu par cette loi bénéficie à tous les créanciers, et non à un seul en particulier.

[67] Enfin, si le législateur avait voulu inclure les charges super prioritaires d’origine judiciaire dans la définition de « garantie », il l’aurait dit expressément. Il faut tenir pour acquis que le législateur a légiféré en tenant compte de l’application de la *LACC*. Pour citer la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [l]e législateur est présumé connaître ses propres lois et

each new provision with regard to the structures, conventions, and habits of expression as well as the substantive law embodied in existing legislation” (Sullivan (2014), at p. 422 (footnote omitted)). Given that, in *Indalex*, this Court has already found that granting super-priority charges is critical as “a key aspect of the debtor’s ability to attempt a workout”, one would expect Parliament to use clearer language where such a definition could jeopardize the operation of another one of its Acts. I am therefore in total disagreement with my colleagues Justices Brown and Rowe that “nothing in the definition of security interest in the *ITA* precludes the inclusion of an interest that is designed to operate to the benefit of all creditors” (para. 210). To the contrary, everything hints at priming charges being excluded from the definition of security interest.

[68] In conclusion, a court-ordered super-priority charge under the *CCAA* is not a security interest within the meaning of s. 224(1.3) of the *ITA*. As a result, there is no conflict between s. 227(4.1) of the *ITA* and the Initial Order made in this case. I therefore respectfully disagree with my colleague Justice Moldaver’s suggestion that there may be a conflict between s. 11 of the *CCAA* and the *ITA* (para. 258). The Initial Order’s super-priority charges prevail over the deemed trust.

C. *Was It Necessary for the Initial Order to Subordinate Her Majesty’s Claim Protected by a Deemed Trust in This Case?*

[69] Finally, I must now identify the provision in which the Initial Order here should be grounded. While the initial order under consideration in *Indalex* was based on the court’s equitable jurisdiction, in most instances, orders in *CCAA* proceedings should be considered an exercise of statutory power (*Century Services*, at paras. 65-66).

[70] As discussed above, a supervising court’s authority to order super-priority charges is grounded

rédiger chaque nouvelle disposition en tenant compte des structures, des conventions et des formules d’expression, de même que du droit substantif exprimé dans la législation existante » (Sullivan (2014), p. 422 (note en bas de page omise)). Puisque, dans l’arrêt *Indalex*, notre Cour a déjà statué que l’octroi d’une charge super prioritaire « constitue un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement », on s’attendrait à ce que le législateur utilise des termes plus clairs dans les cas où une telle définition pourrait compromettre l’application d’une autre de ses propres lois. Je suis donc en total désaccord avec mes collègues les juges Brown et Rowe quand ils affirment que « rien dans la définition de “garantie” qui figure dans la *LIR* ne permet d’exclure une garantie conçue pour fonctionner au profit de tous les créanciers » (par. 210). Au contraire, tout tend à démontrer que les charges super prioritaires sont exclues de la définition de « garantie ».

[68] En conclusion, une charge super prioritaire ordonnée par un tribunal en vertu de la *LACC* n’est pas une garantie au sens du par. 224(1.3) de la *LIR*. Il n’y a donc pas de conflit entre le par. 227(4.1) de la *LIR* et l’ordonnance initiale rendue en l’espèce. Avec égards, je ne souscris pas à l’idée de mon collègue le juge Moldaver suivant laquelle il y a peut-être un conflit entre l’art. 11 de la *LACC* et la *LIR* (par. 258). Les charges super prioritaires constituées aux termes de l’ordonnance initiale l’emportent sur la fiducie réputée.

C. *Était-il nécessaire que l’ordonnance initiale subordonne la réclamation de Sa Majesté protégée par une fiducie réputée en l’espèce?*

[69] Enfin, je dois maintenant déterminer sur quelle disposition l’ordonnance initiale devrait reposer. Bien que l’ordonnance examinée dans l’arrêt *Indalex* était fondée sur la compétence du tribunal en equity, dans la plupart des cas, les ordonnances rendues dans le cadre des procédures engagées sous le régime de la *LACC* devraient être considérées comme découlant de l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi (*Century Services*, par. 65-66).

[70] Comme nous l’avons vu plus haut, le pouvoir du tribunal de surveillance d’ordonner des charges

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. Those provisions authorize the court to grant certain priming charges that rank ahead of the claims of “any secured creditor”. While I have already concluded that Her Majesty does not have a proprietary interest as a result of Her deemed trust, it is less certain whether Her Majesty is a “secured creditor” under the CCAA. Professor Wood is of the view that Her Majesty is not a “secured creditor” under the CCAA by virtue of Her deemed trust interest; rather, ss. 37 to 39 of the CCAA create “two distinct approaches — one that applies to a deemed trust, the other that applies when a statute gives the Crown the status of a secured creditor” (p. 96). Therefore, the ranking of a priming charge ahead of the deemed trust would fall outside the scope of the express priming charge provisions. 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.

[71] My colleagues Brown and Rowe JJ. also argue that “priming charges cannot supersede the Crown’s deemed trust claim because they may attach *only to the property of the debtor’s company*” (para. 223 (emphasis in original)). With respect, this argument cannot stand because, although ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA contain this restriction, there is

super prioritaires est fondé sur le vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 11 de la LACC, ainsi que sur les pouvoirs plus spécifiques que lui accordent les art. 11.2, 11.4, 11.51 et 11.52. Ces dispositions autorisent le tribunal à accorder certaines charges prioritaires qui prennent rang devant les créances de « tout créancier garanti ». Bien que j’aie déjà conclu que Sa Majesté ne possède pas d’intérêt à titre de propriétaire du fait de sa fiducie présumée, il est moins sûr qu’elle soit un « créancier garanti » au sens de la LACC. Selon le professeur Wood, la fiducie présumée dont bénéficie Sa Majesté ne lui confère pas la qualité de « créancier garanti » au sens de la LACC. Les articles 37 à 39 de la LACC créent plutôt [TRADUCTION] « deux approches distinctes : l’une qui s’applique à la fiducie réputée, l’autre qui entre en jeu lorsque la loi reconnaît à la Couronne la qualité de “créancier garanti” » (p. 96). Par conséquent, le fait de faire passer une charge prioritaire devant la fiducie réputée déborderait le cadre des dispositions portant expressément sur les charges prioritaires. Je n’ai pas à trancher de façon définitive la question de savoir si Sa Majesté répond à la définition de « créancier garanti » au sens de la LACC du fait de sa fiducie. Je ferais plutôt reposer le pouvoir du tribunal de surveillance sur l’art. 11, qui « permet aux tribunaux de constituer des charges prioritaires qui ne sont pas expressément prévues par la LACC » (p. 98). Avec égards, je ne suis pas d’accord avec la suggestion de mes collègues les juges Brown et Rowe suivant laquelle le professeur Wood ou d’autres auteurs auraient laissé entendre que la portée de l’art. 11 est limitée par les dispositions spécifiques qui le suivent (par. 228). Au contraire, notre Cour a déclaré aux par. 68-70 de l’arrêt *Century Services* que la possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n’avait pas pour effet de restreindre le vaste pouvoir conféré par l’art. 11.

[71] Mes collègues les juges Brown et Rowe affirment également que « les charges super prioritaires ne peuvent pas prendre rang devant la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée puisqu’elles peuvent se rattacher *uniquement aux biens de la compagnie débitrice* » (par. 223 (en italiques dans l’original)). Avec égards, cet argument ne peut être retenu,

no such restriction in s. 11. As Lalonde J. recognized, [TRANSLATION] “[i]n exercising the authority conferred by the CCAA, including inherent powers, the courts have not hesitated to use this jurisdiction to intervene in contractual relationships between a debtor and its creditors, even to make orders affecting the rights of third parties” (*Triton Électronique*, at para. 31). There may be circumstances where it is appropriate for a court to attach charges to property that does not belong to the debtor — if, for instance, this deemed trust were to be equivalent to a proprietary interest. However, that circumstance does not arise in this case because the property subject to Her Majesty’s deemed trust remains the property of the debtor, as the deemed trust does not create a proprietary interest. My colleagues’ reliance on s. 37(2) of the CCAA is similarly ill-founded. As I said earlier, s. 37(2) simply preserves the status quo. It does not alter Her Majesty’s interest. It merely continues that interest and excludes it from the operation of s. 37(1), which would otherwise downgrade it to the interest of an ordinary creditor.

[72] That said, courts should still recognize the distinct nature of Her Majesty’s interest and ensure that they grant a charge with priority over the deemed trust only when necessary. In creating a super-priority charge, a supervising judge must always consider whether the order will achieve the objectives of the CCAA. When there is the spectre of a claim by Her Majesty protected by a deemed trust, the judge must also consider whether a super priority is necessary. The record before us contains no reasons for the Initial Order, so this is difficult to determine in this case. Given that Her Majesty has been paid and that the case is in fact moot, it is not critical for us to determine whether the supervising judge believed it was necessary to subordinate Her Majesty’s claim to the super-priority charges. Based on Justice Topolniski’s reasons for denying the Crown’s motion to vary the Initial Order, it is clear that she would have found that the super-priority charges deserved priority over Her Majesty’s interest (paras. 100-104). However, I wish to say a few words on when it may be necessary for a supervising

car, bien que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la LACC renferment cette restriction, aucune restriction de ce genre ne figure à l’art. 11. Tel que l’a reconnu le juge Lalonde, « [e]n exerçant l’autorité conférée par la LACC, incluant les pouvoirs inhérents, les tribunaux n’ont pas hésité à faire usage de cette compétence pour intervenir dans les rapports contractuels entre une débitrice et ses créanciers, voire à rendre des ordonnances ayant pour effet d’affecter les droits de tiers » (*Triton Électronique*, par. 31). Il peut exister des circonstances dans lesquelles il convient pour le tribunal de grever de charges des biens qui n’appartiennent pas au débiteur si, par exemple, cette fiducie réputée équivalait à un intérêt à titre de propriétaire. Toutefois, ce n’est pas le cas en l’espèce, car les biens visés par la fiducie réputée de Sa Majesté demeurent la propriété du débiteur, étant donné que la fiducie réputée ne crée pas d’intérêt à titre de propriétaire. Le recours de mes collègues au par. 37(2) de la LACC est également mal fondé. Comme je l’ai déjà expliqué, le par. 37(2) préserve simplement le statu quo. Il ne modifie pas l’intérêt de Sa Majesté. Il ne fait que le maintenir et le soustraire à l’application du par. 37(1), qui ramènerait sinon l’intérêt de la Couronne à celui d’un simple créancier chirographaire.

[72] Cela dit, les tribunaux devraient tout de même reconnaître le caractère distinct de l’intérêt de Sa Majesté et n’accorder une charge ayant priorité sur la fiducie réputée que dans les cas où c’est nécessaire. Lorsqu’il s’agit de constituer une charge super prioritaire, le juge surveillant doit toujours se demander si cette mesure favorisera la réalisation des objectifs de la LACC. Lorsqu’il est possible qu’une créance de Sa Majesté soit protégée par une fiducie réputée, le juge doit également se demander s’il est nécessaire d’accorder une super priorité. Le dossier dont nous disposons ne nous permet pas de connaître les motifs à l’appui de l’ordonnance initiale et il est donc difficile de répondre à la question en l’espèce. Puisque Sa Majesté a été payée et que l’affaire est en fait devenue théorique, il n’est pas essentiel de nous prononcer sur la question de savoir si le juge surveillant croyait qu’il était nécessaire de subordonner la créance de Sa Majesté à des charges super prioritaires. Si l’on se reporte aux motifs exposés par la juge Topolniski pour rejeter la requête présentée par la Couronne en vue de faire modifier l’ordonnance

judge to subordinate Her Majesty's interest to super-priority charges.

[73] It may be necessary to subordinate Her Majesty's deemed trust where the supervising judge believes that, without a super-priority charge, a particular professional or lender would not act. This may often be the case. On the other hand, I agree with Professor Wood that, although subordinating super-priority charges to Her Majesty's claim will often increase the costs and complexity of restructuring, there will be times when it will not. For instance, when Her Majesty's claim is small or known with a high degree of certainty, commercial parties will be able to manage their risks and will not need a super priority. After all, there is an order of priority even amongst super-priority charges, and therefore it is clear that these parties are willing to have their claims subordinated to some fixed claims. A further example of where different considerations may be in play is in so-called liquidating CCAA proceedings. As this Court recently recognized, CCAA proceedings whose fundamental objective is to liquidate — rather than to rescue a going concern — have a legitimate place in the CCAA regime and have been accepted by Parliament through the enactment of s. 36 (*Callidus Capital*, at paras. 42-45). Liquidating CCAA proceedings often aim to maximize returns for creditors, and thus the subordination of Her Majesty's interest has less justification beyond potential unjust enrichment arguments.

VI. Disposition

[74] I would dismiss the appeal with costs in this Court in accordance with the tariff of fees and

initiale, il est évident qu'elle aurait conclu que les charges super prioritaires méritaient d'avoir priorité sur l'intérêt de Sa Majesté (par. 100-104). Je tiens toutefois à dire quelques mots au sujet des cas où il peut s'avérer nécessaire pour le juge surveillant de subordonner l'intérêt de Sa Majesté à des charges super prioritaires.

[73] Il peut s'avérer nécessaire de subordonner la fiducie réputée de Sa Majesté à d'autres charges lorsque le juge surveillant estime que, sans la charge super prioritaire, un professionnel ou un prêteur donné refuserait de s'engager, ce qui peut se produire assez souvent. Par contre, je suis d'accord avec le professeur Wood pour dire que, même si la subordination des charges super prioritaires à la créance de Sa Majesté aura souvent pour effet d'augmenter les coûts et la complexité de la restructuration, il existe des situations où ce ne sera pas le cas. Par exemple, lorsque la créance de Sa Majesté est peu élevée ou qu'elle est connue avec une grande certitude, les entités commerciales pourront gérer leurs risques et n'auront pas besoin d'une super priorité. Après tout, il existe un ordre de collocation même parmi les charges super prioritaires et il est donc évident que ces créanciers sont disposés à ce que leurs créances soient assujetties à certains plafonds fixes. Un autre exemple où des considérations différentes peuvent entrer en jeu est celui de la procédure dite de liquidation prévue par la LACC. Ainsi que notre Cour l'a récemment reconnu, les procédures prévues par la LACC dont l'objectif fondamental est la liquidation — et non de porter secours à une entreprise en exploitation — occupent une place légitime au sein du régime de la LACC et ont été acceptées par le législateur par l'adoption de l'art. 36 (*Callidus Capital*, par. 42-45). Les procédures de liquidation prévues par la LACC visent souvent à maximiser le rendement au profit des créanciers, de sorte que la subordination de l'intérêt de Sa Majesté s'en trouve moins justifiée, hormis les cas de présumé enrichissement sans cause.

VI. Dispositif

[74] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour, selon le tarif des honoraires

disbursements set out in Schedule B of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

The reasons of Karakatsanis and Martin JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[75] When a company seeks to restructure its affairs in order to avoid bankruptcy, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (CCAA), allows the court to order charges in favour of parties that are necessary to the restructuring process: lenders who provide interim financing, the monitor who administers the company's restructuring, and directors and officers who captain the sinking ship (among others). These charges, often referred to as "priming charges", are meant to encourage investment in the company as it undergoes reorganization. A company's reorganization, as an alternative to the devastating effects of bankruptcy, serves the public interest by benefitting creditors, employees, and the health of the economy more generally.

[76] In this case, the CCAA judge ordered priming charges over the estates of Canada North Group and six related companies (Debtor Companies) in favour of an interim lender, the monitor, and directors. Property of two of the Debtor Companies, however, was also subject to a deemed trust in favour of the Crown, under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (*ITA*), for unremitted source deductions consisting of employees' income tax, Canada Pension Plan contributions, and employment insurance premiums. While this appeal is moot because there are sufficient assets to satisfy both the Crown's deemed trust claim and the priming charges, this Court is asked to determine which has priority in the restructuring: the priming charges under the CCAA or the deemed trust under the *ITA*.

et débours fixé à l'annexe B des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Martin rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[75] Lorsqu'une compagnie cherche à restructurer ses affaires afin d'éviter la faillite, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (*LACC*), permet au tribunal d'ordonner des charges en faveur des parties qui sont nécessaires au processus de restructuration : les prêteurs qui fournissent un financement temporaire, le contrôleur qui administre la restructuration de la compagnie, et les dirigeants et administrateurs qui gèrent la compagnie en déroute (entre autres). Ces charges, souvent appelées « charges super prioritaires », visent à encourager les investissements dans la compagnie alors qu'elle procède à sa restructuration. La restructuration d'une compagnie — une solution de rechange aux effets dévastateurs d'une faillite — sert l'intérêt public puisqu'elle profite aux créanciers, aux employés et à la santé de l'économie en général.

[76] En l'espèce, le juge chargé d'appliquer la *LACC* a grevé le patrimoine de Canada North Group et de six compagnies apparentées (compagnies débitrices) de charges super prioritaires en faveur d'un prêteur temporaire, du contrôleur et des administrateurs. Toutefois, les biens de deux des compagnies débitrices étaient aussi assujettis à une fiducie réputée créée en faveur de la Couronne, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), à cause du non-versement de retenues à la source (impôt sur le revenu des employés, cotisations au Régime de pensions du Canada et cotisations d'assurance-emploi). Bien que le présent pourvoi soit théorique du fait que les actifs sont suffisants pour couvrir à la fois la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée et les charges super prioritaires, notre Cour est appelée à déterminer ce qui est prioritaire dans la restructuration : les charges super prioritaires établies sous le régime de la *LACC* ou la fiducie réputée établie sous le régime de la *LIR*.

[77] Section 227(4.1) of the *ITA* provides that, when an employer fails to remit source deductions to the Crown, a deemed trust attaches to the property of the employer to the extent of the unremitted source deductions. The deemed trust operates “notwithstanding any security interest in such property” and “[n]otwithstanding . . . any other enactment of Canada”. Sections 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* give the court authority to order priming charges over a company’s property in favour of interim lenders, directors and officers, and estate administrators. Priming charges can rank ahead of any other secured claim. Read on their own, these provisions appear to give different parties super-priority in an insolvency. This issue of statutory interpretation has been described as the collision of an unstoppable force with an immovable object (R. J. Wood, “Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*” (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85).

[78] The appellant, the Crown, argues that s. 227(4.1) of the *ITA* creates a proprietary right in the Crown because, through the mechanism of a deemed trust, it gives the Crown beneficial ownership of the amount of the unremitted source deductions. In other words, that *amount* is the Crown’s property and a *CCAA* judge cannot, therefore, order a charge over it; it should be taken out of the estate and can play no role in the restructuring process.

[79] In contrast, the respondents argue that s. 227(4.1) creates a security interest in the Crown squarely contemplated by ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA*. They further submit that there is no conflict between the relevant provisions because the policies underlying both Acts can be harmonized in favour of giving effect to the *CCAA* provisions.

[80] For the reasons below, I conclude that there is no conflict between the *ITA* and *CCAA* provisions. The right that attaches to “beneficial ownership” under s. 227(4.1) of the *ITA* must be interpreted in the specific statutory context in which it arises. Here,

[77] Le paragraphe 227(4.1) de la *LIR* prévoit que, lorsqu’un employeur omet de verser des retenues à la source à la Couronne, une fiducie réputée s’attache aux biens de l’employeur jusqu’à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées. La fiducie réputée fonctionne « malgré toute autre garantie sur ces biens » et « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral ». Aux termes des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*, un tribunal peut, par ordonnance, déclarer que les biens d’une compagnie sont grevés de charges super prioritaires en faveur de prêteurs temporaires, de dirigeants et d’administrateurs, et d’administrateurs de patrimoine. Les charges super prioritaires peuvent avoir priorité sur toute autre réclamation garantie. Prises individuellement, ces dispositions semblent accorder une super priorité à différentes parties en cas d’insolvabilité. Cette question d’interprétation législative a été décrite comme le choc entre une force irrésistible et un objet inamovible (R. J. Wood, « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85).

[78] L’appelante, la Couronne, soutient que le par. 227(4.1) de la *LIR* lui confère un droit propriétairel puisque, par le mécanisme d’une fiducie réputée, il accorde à la Couronne un droit de bénéficiaire sur le montant des retenues à la source non versées. Autrement dit, ce *montant* est la propriété de la Couronne, et un juge chargé d’appliquer la *LACC* ne peut donc pas grever ce montant d’une charge; il devrait être soustrait du patrimoine et il ne peut jouer aucun rôle dans le processus de restructuration.

[79] En revanche, les intimées affirment que le par. 227(4.1) confère à la Couronne une garantie nettement visée par les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*. Elles ajoutent qu’il n’existe aucun conflit entre les dispositions en cause parce que les politiques qui sous-tendent les deux lois peuvent être harmonisées en faveur de l’application des dispositions de la *LACC*.

[80] Pour les raisons exposées ci-dessous, je conclus qu’il n’existe aucun conflit entre les dispositions de la *LIR* et celles de la *LACC*. Le « droit de bénéficiaire » prévu au par. 227(4.1) de la *LIR* doit être interprété dans le contexte législatif précis où il

the Crown's right to unremitted source deductions in a CCAA restructuring is protected by the requirement that the plan of compromise pay the Crown in full. Because I do not conclude that the Crown's interest fits within the relevant statutory definition of "secured creditor" under the CCAA, it is not captured by the court's authority to order priming charges under ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA. However, in my view, the broad discretionary power under s. 11 of the CCAA permits a court to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions. This conclusion harmonizes the purposes of both federal statutes. I would dismiss the appeal.

II. Facts

[81] In July 2017, the Court of Queen's Bench of Alberta issued an order granting the Debtor Companies protection under the CCAA (Alta. Q.B., No. 1703-12327, July 5, 2017 (Initial Order)). The Initial Order provided for priming charges in the following order of priority: (1) an Administration Charge of \$500,000 in favour of the court-appointed Monitor, Ernst & Young Inc.; (2) an Interim Lender's Charge of \$1,000,000 in favour of the interim lender, Business Development Bank of Canada (BDBC); and (3) a Directors' Charge of \$150,000 (together, Priming Charges). The Interim Lender's Charge was later increased to \$3,500,000 and the Administration Charge to \$950,000.

[82] Paragraph 44 of the Initial Order provided that the Priming Charges have priority over the claims of secured creditors:

Each of the Directors' Charge, Administration Charge and the Interim Lender's Charge . . . shall constitute a charge on the Property and subject always to section 34(11) of the CCAA such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, claims of secured creditors, statutory or otherwise . . . in favour of any Person.

se manifeste. En l'espèce, le droit de la Couronne sur des retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la LACC est protégé par l'exigence qu'un plan de transaction prévoit le paiement intégral à la Couronne. Puisque je ne conclus pas que l'intérêt de la Couronne entre dans la définition applicable de « créancier garanti » contenue dans la LACC, il ne relève pas du pouvoir du tribunal d'ordonner des charges super prioritaires en vertu des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la LACC. Cependant, je suis d'avis que le vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11 de la LACC permet au tribunal de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées. Cette conclusion harmonise les objectifs des deux lois fédérales. Je rejetterais le pourvoi.

II. Faits

[81] En juillet 2017, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a rendu une ordonnance accordant aux compagnies débitrices la protection de la LACC (B.R. Alb., n° 1703-12327, 5 juillet 2017 (ordonnance initiale)). L'ordonnance initiale établissait les charges super prioritaires selon l'ordre de priorité suivant : (1) une charge administrative de 500 000 \$ en faveur du contrôleur nommé par le tribunal, Ernst & Young Inc.; (2) une charge de 1 000 000 \$ en faveur du prêteur temporaire, la Banque de développement du Canada (BDC); (3) une charge de 150 000 \$ en faveur des administrateurs (collectivement, les charges super prioritaires). La charge en faveur du prêteur temporaire a par la suite été portée à 3 500 000 \$ et la charge administrative, à 950 000 \$.

[82] Le paragraphe 44 de l'ordonnance initiale indiquait que les charges super prioritaires prenaient rang devant les réclamations des créanciers garantis :

[TRADUCTION] Chacune des charges relatives à l'administration, aux administrateurs et au prêteur temporaire [. . .] grèvent les biens et, sous réserve du paragraphe 34(11) de la LACC, toutes ces charges ont priorité sur tous les autres privilèges, garanties, fiducies, charges et sûretés, créances de créanciers garantis, d'origine législative ou autre [. . .] détenus par quiconque.

[83] Paragraph 46 of the Initial Order provided that the Priming Charges “shall not otherwise be limited or impaired in any way by . . . (d) the provisions of any federal or provincial statutes”.

[84] At the time of the Initial Order, two of the Debtor Companies had failed to remit source deductions and owed the Crown \$685,542.93. The Crown applied to vary the Priming Charges in the Initial Order on the basis that paras. 44 and 46(d) failed to recognize the Crown’s legislated interest in unremitted source deductions. The Crown argued that s. 227(4.1) of the *ITA*, s. 23(4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (*CPP*), and s. 86(2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (*EIA*), require the Crown’s claims for unremitted source deductions to have priority over the claims of all other creditors of a debtor, notwithstanding any other federal statute, including the *CCAA*. In these reasons, I will only refer to s. 227(4.1) of the *ITA* as the relevant *ITA*, *CPP* and *EIA* provisions are identical and the latter two statutes cross-reference the *ITA*.

III. Decisions Below

A. *Court of Queen’s Bench of Alberta, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103 (Topolniski J.)*

[85] The application judge held that court-ordered priming charges under ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* have priority over the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions. First, she concluded that the Crown’s deemed trust under s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest rather than a proprietary interest because the definition of “security interest” in the *ITA* includes an interest created by a deemed or actual trust, and it would be inconsistent to interpret the Crown’s interest under s. 227(4.1) contrary to its enabling statute. She also reasoned that the deemed trust is a security interest

[83] Le paragraphe 46 de l’ordonnance initiale indiquait que les charges super prioritaires [TRANSLATION] « ne sont pas autrement limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par [. . .] (d) les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale ».

[84] Au moment où a été rendue l’ordonnance initiale, deux des compagnies débitrices avaient omis de verser les retenues à la source et devaient à la Couronne 685 542,93 \$. La Couronne a présenté une demande visant à faire modifier les charges super prioritaires établies dans l’ordonnance initiale au motif que les par. 44 et 46d) ne reconnaissaient pas l’intérêt accordé par la loi à la Couronne dans les retenues à la source non versées. La Couronne a soutenu que le par. 227(4.1) de la *LIR*, le par. 23(4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8 (*RPC*), et le par. 86(2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23 (*LAE*), exigent que les réclamations de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées prennent rang devant les réclamations de tout autre créancier d’un débiteur, malgré toute autre loi fédérale, y compris la *LACC*. Dans les présents motifs, je me reporterai uniquement au par. 227(4.1) de la *LIR* parce que les dispositions pertinentes de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* sont identiques et que le *RPC* et la *LAE* renvoient à la *LIR*.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103 (la juge Topolniski)*

[85] La juge de première instance a déclaré que les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal en vertu des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* ont priorité sur la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées. En premier lieu, la juge a conclu que la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR* créait une garantie plutôt qu’un intérêt propriétaire puisque la définition de « garantie » contenue dans la *LIR* comprend tout intérêt créé par une fiducie réputée ou véritable, et qu’il serait incohérent d’interpréter l’intérêt de la

because it lacks certainty of subject matter and is therefore not a true trust.

[86] Second, the application judge concluded that s. 227(4.1) of the *ITA* and ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* are not inconsistent because any conflict can be avoided by interpretation. She reasoned that the policy objectives of both Acts have to be respected because they were enacted by the same government. On the one hand, the collection of source deductions is at the heart of the *ITA*. On the other, the *CCAA* aims to facilitate business survival. The application judge concluded that, without the court's ability to order priming charges, interim lending "would simply end", along with "the hope of positive *CCAA* outcomes" (para. 102). The goals of both Acts can therefore only be achieved if priority is given "to those charges necessary for restructuring", while the deemed trust ranks in priority to all other secured creditors (para. 112).

B. *Court of Appeal of Alberta, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29 (Rowbotham and Schutz J.J.A., Wakeling J.A. Dissenting)*

[87] A majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. It agreed with the application judge that the Crown's deemed trust under s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest rather than a proprietary interest. It also agreed that the Crown's position failed to reconcile the objectives of the *ITA* and *CCAA*, and given the importance of interim lending, concluded that absurd consequences could follow if the Crown's position prevailed.

[88] Wakeling J.A. disagreed. He concluded that s. 227(4.1) of the *ITA* makes two unequivocal statements: first, that the Crown is the beneficial owner of the debtor's property to the extent of the unremitted

Couronne au titre du par. 227(4.1) à l'encontre de sa loi habilitante. Elle a également opiné que la fiducie réputée constituait une garantie en raison de l'absence de certitude quant à sa matière; elle ne constituait donc pas une fiducie véritable.

[86] En second lieu, la juge de première instance a conclu que le par. 227(4.1) de la *LIR* ainsi que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* ne sont pas incompatibles puisque tout conflit peut être évité par l'interprétation. Elle a expliqué que les objectifs de politique générale des deux lois doivent être respectés puisque ces dernières ont été édictées par le même gouvernement. D'une part, la perception des retenues à la source sont au cœur de la *LIR*. D'autre part, la *LACC* vise à favoriser la survie des entreprises. La juge de première instance a conclu que, si les tribunaux n'avaient pas la capacité d'ordonner des charges super prioritaires, les prêts temporaires [TRADUCTION] « disparaîtraient tout simplement », de même que « l'espoir de voir des résultats positifs découler de la *LACC* » (par. 102). Les objectifs des deux lois ne peuvent toutefois être atteints que si la priorité est accordée [TRADUCTION] « aux charges nécessaires à la restructuration », alors que la fiducie réputée prend rang devant toutes les autres réclamations garanties (par. 112).

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29 (les juges Rowbotham et Schutz, le juge Wakeling, dissident)*

[87] La Cour d'appel a rejeté, à la majorité, l'appel de la Couronne. Tout comme la juge de première instance, elle a jugé que la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR* créait une garantie plutôt qu'un intérêt propriétaire. Elle a aussi convenu que la position de la Couronne ne conciliait pas les objectifs de la *LIR* et de la *LACC*. Enfin, compte tenu de l'importance du financement temporaire, elle a conclu que retenir la thèse de la Couronne pourrait entraîner des conséquences absurdes.

[88] Le juge Wakeling n'était pas de cet avis. Il a conclu que le par. 227(4.1) de la *LIR* contenait deux déclarations sans équivoque : premièrement, la Couronne a un droit de bénéficiaire sur les biens

source deductions; and second, that this amount must be paid to the Crown notwithstanding the security interests of any other secured creditors, including, in his opinion, the holders of a priming charge. As a result, it was unnecessary to reconcile policy objectives. In his view, the notwithstanding clause in s. 227(4.1) was conclusive because the relevant CCAA provisions lacked the same language. As a result, there was “no need to look beyond the four corners of s. 227(4.1) to determine the scope of the unassailable priority it creates” (para. 135). Finally, Wakeling J.A. noted that there is perfect correlation between the purpose of the *ITA* and the plain meaning of s. 227(4.1).

IV. Parties’ Submissions

A. *The Appellant the Crown*

[89] The Crown’s submissions before this Court echo the dissent at the Court of Appeal: the text of s. 227(4.1) unequivocally states that unremitted source deductions become the property of the Crown. The Crown argues that the plain meaning of s. 227(4.1) aligns with its purpose, which is to protect the largest source of government revenue.

[90] The Crown makes two principal submissions. First, it submits that the Crown’s interest under s. 227(4.1) of the *ITA* is a proprietary interest rather than a security interest because the text of s. 227(4.1) causes the unremitted source deductions to become the property of the Crown. There is no need to rely on the “notwithstanding clause” in s. 227(4.1) because the *ITA* and CCAA provisions work harmoniously; the priming charges can only attach to a company’s property and s. 227(4.1) provides that the unremitted source deductions are beneficially owned by the Crown.

[91] Second, the Crown submits in the alternative that, even if its interest is a security interest, it ranks ahead of the priming charges. This is because

du débiteur jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées; deuxièmement, ce montant doit être payé à la Couronne malgré les garanties accordées à tout autre créancier garanti, y compris, selon lui, les titulaires d’une charge super prioritaire. Par conséquent, il n’était pas nécessaire de concilier les objectifs de politique générale. À son avis, la disposition de dérogation du par. 227(4.1) était concluante puisque les dispositions pertinentes de la *LACC* ne contenaient pas le même libellé. Il n’était donc [TRADUCTION] « pas nécessaire d’aller au-delà des contours du par. 227(4.1) pour déterminer la portée de la priorité inattaquable qu’il établit » (par. 135). Enfin, le juge Wakeling a souligné qu’il existait une corrélation parfaite entre l’objectif de la *LIR* et le sens ordinaire du par. 227(4.1).

IV. Observations des parties

A. *L’appelante, la Couronne*

[89] Les arguments présentés par la Couronne devant notre Cour font écho à l’opinion dissidente exprimée en Cour d’appel : le texte du par. 227(4.1) indique sans équivoque que les retenues à la source non versées deviennent la propriété de la Couronne. La Couronne soutient que le sens ordinaire du par. 227(4.1) s’aligne avec son objectif, qui est de protéger la plus grande source de revenus du gouvernement.

[90] La Couronne avance deux arguments principaux. Premièrement, elle affirme que l’intérêt de la Couronne au titre du par. 227(4.1) de la *LIR* est un intérêt propriétaire plutôt qu’une garantie puisque, selon ce paragraphe, les retenues à la source non versées deviennent la propriété de la Couronne. Il n’est pas nécessaire de recourir à la « disposition de dérogation » du par. 227(4.1) puisque les dispositions de la *LIR* et de la *LACC* s’appliquent de façon harmonieuse; les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’aux biens d’une compagnie, et le par. 227(4.1) prévoit que la Couronne a un droit de bénéficiaire sur les retenues à la source non versées.

[91] Deuxièmement, la Couronne soutient à titre subsidiaire que même si son intérêt est une garantie, il prend rang devant les charges super prioritaires

a priming charge under the *CCAA* is a security interest within the meaning of the *ITA*, and s. 227(4.1) specifically states that the deemed trust ranks ahead of all other security interests.

B. The Respondent Business Development Bank of Canada

[92] The respondent BDBC, urges this Court to follow the approach taken by the courts below. It submits that the Crown's interest under the deemed trust is a security interest because (1) the enabling statute, the *ITA*, defines a deemed trust as a security interest; (2) this Court, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, characterized the deemed trust as a "floating charge", which is a security interest; and (3) the opposite conclusion, that it is a proprietary interest, would be at odds with commercial reality. As the definition of "secured creditor" in the *CCAA* includes the holder of a deemed trust, that Act contemplates that a priming charge can rank ahead of the Crown's deemed trust. Thus, ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* contemplate that a priming charge can rank ahead of the Crown's deemed trust.

C. The Respondent Ernst & Young, in its Capacity as Monitor

[93] Both BDBC and Ernst & Young (together, Respondents) submit that the Crown's deemed trust is a security interest and that the statutes can be interpreted harmoniously to avoid a conflict. The Monitor submits that a court-ordered priming charge is not a security interest within the meaning of s. 227(4.1) of the *ITA* because it is not specifically listed in the definition of security interest under the *ITA*, and as a taxing statute, the *ITA* requires a strict, textual approach to interpretation.

[94] The Monitor also highlights that the Crown is a unique creditor because it has immediate information available to it respecting remittance and can certify and pursue amounts owing immediately.

du fait qu'une charge super prioritaire visée par la *LACC* est une garantie au sens de la *LIR* et que le par. 227(4.1) prévoit expressément que la fiducie réputée prend rang devant toutes les autres garanties.

B. L'intimée la Banque de développement du Canada

[92] L'intimée BDC exhorte notre Cour à suivre l'approche adoptée par les tribunaux d'instance inférieure. Elle soutient que l'intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée est une garantie puisque (1) la loi habilitante, la *LIR*, définit une fiducie réputée comme une garantie; (2) dans l'arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, notre Cour a qualifié la fiducie réputée de « charge flottante », qui est une garantie; (3) la conclusion opposée, à savoir qu'il s'agit d'un intérêt propriétaire, serait incompatible avec la réalité commerciale. Comme la définition de « créancier garanti » figurant dans la *LACC* englobe le détenteur d'une fiducie réputée, la *LACC* prévoit qu'une charge super prioritaire peut prendre rang devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne. Ainsi, les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* prévoient qu'une charge super prioritaire peut prendre rang devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne.

C. L'intimée Ernst & Young, en sa qualité de contrôleur

[93] Tant la BDC qu'Ernst & Young (collectivement, les intimées) font valoir que la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne est une garantie et que l'on peut interpréter les lois de façon harmonieuse afin d'éviter un conflit. Le contrôleur soutient qu'une charge super prioritaire d'origine judiciaire n'est pas une garantie au sens du par. 227(4.1) de la *LIR* puisqu'elle n'est pas expressément mentionnée dans la définition de garantie contenue dans la *LIR*, et qu'à titre de loi fiscale, la *LIR* commande une méthode d'interprétation stricte et textuelle.

[94] De plus, le contrôleur souligne que la Couronne est un créancier unique puisqu'elle dispose d'un accès immédiat aux renseignements concernant les remises et qu'elle peut certifier et percevoir les montants dus immédiatement.

V. Issue

[95] The issue on appeal is whether court-ordered priming charges under the *CCAA* can rank ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions, as created by s. 227(4.1) of the *ITA* and related provisions of the *CPP* and *EIA*. It is clear from the wording of s. 227(4.1) of the *ITA* that, if there is any conflict with a provision from another Act, s. 227(4.1) is to prevail. Accordingly, this appeal turns on whether, and to what extent, the *CCAA* regime conflicts with s. 227(4.1) of the *ITA*. In answering that question, I proceed in four steps:

1. What rights does s. 227(4.1) of the *ITA* confer on the Crown in respect of unremitted source deductions?
2. How is the Crown's deemed trust for unremitted source deductions treated in Parliament's insolvency regime?
3. Do ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* permit the court to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions?
4. If not, does s. 11 of the *CCAA* allow the court to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions?

VI. Analysis

A. *What Rights Does Section 227(4.1) of the ITA Confer on the Crown in Respect of Unremitted Source Deductions?*

- (1) General Scheme and Background of Sections 227(4) and 227(4.1) of the ITA

[96] Section 153(1) of the *ITA* requires employers to deduct and withhold amounts from their

V. Question en litige

[95] La question qui fait l'objet du pourvoi est celle de savoir si les charges super prioritaires ordonnées par un tribunal en vertu de la *LACC* peuvent prendre rang devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées, laquelle fiducie est établie en application du par. 227(4.1) de la *LIR* et des dispositions connexes du *RPC* et de la *LAE*. Il ressort clairement du libellé du par. 227(4.1) de la *LIR* qu'en cas de conflit avec une disposition d'une autre loi, le par. 227(4.1) prévaut. En conséquence, le présent pourvoi porte sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, le régime de la *LACC* entre en conflit avec le par. 227(4.1) de la *LIR*. Pour répondre à cette question, je procéderai en quatre étapes :

1. Quel droit le par. 227(4.1) de la *LIR* confère-t-il à la Couronne relativement aux retenues à la source non versées?
2. De quelle façon la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées est-elle traitée dans le régime d'insolvabilité du législateur?
3. Les articles 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* permettent-ils au tribunal de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées?
4. Dans la négative, l'art. 11 de la *LACC* autorise-t-il le tribunal à faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées?

VI. Analyse

A. *Quels droits le par. 227(4.1) de la LIR confère-t-il à la Couronne relativement aux retenues à la source non versées?*

- (1) Économie générale et contexte des par. 227(4) et 227(4.1) de la LIR

[96] Le paragraphe 153(1) de la *LIR* exige qu'un employeur déduise ou retienne des montants sur les

employees' wages (source deductions) and remit those amounts to the Receiver General by a specified due date. When source deductions are made, s. 227(4) deems that they are held separate and apart from the property of the employer and from property held by any secured creditor of the employer, notwithstanding any security interest in that property. Source deductions are deemed to be held in trust for Her Majesty for payment by the specified due date.

[97] If source deductions are not paid by the specified due date, s. 227(4.1) extends the trust in s. 227(4). It deems that a trust attaches to the employer's property to the extent of any unremitted source deductions; that the trust existed from the moment the source deductions were made; and that the trust did not form part of the estate or property of the employer from the moment the source deductions were made (all regardless of whether the employer's property is subject to a security interest). It also deems that, to the extent of any unremitted source deductions, the employer's property is property "beneficially owned" by the Crown, notwithstanding any security interest in the employer's property:

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

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

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or

salaires qu'il verse à ses employés (retenues à la source) et qu'il remette ces montants au receveur général au moment fixé par règlement. Une fois les retenues à la source faites, elles sont réputées être détenues, aux termes du par. 227(4), séparées des biens de l'employeur et des biens détenus par son créancier garanti, et ce, malgré toute autre garantie sur ces biens. Les retenues à la source sont réputées être détenues en fiducie pour Sa Majesté en vue de lui être versées au moment fixé par règlement.

[97] Si les retenues à la source ne sont pas versées au moment fixé par règlement, le par. 227(4.1) élargit la portée de la fiducie visée au par. 227(4). Une fiducie est réputée s'appliquer aux biens de l'employeur jusqu'à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées. Cette fiducie est réputée exister depuis le moment où les retenues à la source ont été faites et n'avoir pas fait partie du patrimoine ou des biens de l'employeur depuis le moment où les retenues à la source ont été faites (peu importe si les biens de l'employeur sont assujettis à une garantie). Les biens de l'employeur jusqu'à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées sont aussi réputés être des biens dans lesquels la Couronne a un « droit de bénéficiaire » malgré toute autre garantie sur ces biens :

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

(a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

(b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est

withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

[98] The *ITA* defines “security interest” in s. 224(1.3):

security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest, or for civil law a right, created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for

[99] As emphasized by the Crown, ss. 227(4) and 227(4.1) were amended to their current form — excerpted above — to reverse the effect of this Court’s decision in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411. The Crown submits that, in explicitly reversing *Sparrow Electric*’s result, Parliament meant to always give the Crown super-priority in an insolvency. I do not agree that such a broad conclusion can be drawn from this legislative history. In *Sparrow Electric*, the issue was who, between a lending bank and the Crown, had priority in the debtor’s bankruptcy. The bank had a general security agreement over all of the debtor’s property, which it entered into several months before successfully petitioning the debtor into bankruptcy. While the debtor also owed the Crown \$625,990.86 in unremitted source deductions at the time of the bankruptcy, the first instance of non-remittance to the Crown was *after* the bank entered its general security agreement.

déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu’ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[98] Le paragraphe 224(1.3) de la *LIR* définit « garantie » ainsi :

garantie Intérêt ou, pour l’application du droit civil, droit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les intérêts ou, pour l’application du droit civil, les droits nés ou découlant de débetures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

[99] Comme l’a souligné la Couronne, les par. 227(4) et 227(4.1) ont été modifiés en leur version actuelle — extraits précités — afin d’annuler l’effet de l’arrêt de notre Cour *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411. La Couronne soutient qu’en infirmant expressément l’arrêt *Sparrow Electric*, le législateur voulait toujours accorder à la Couronne une super priorité dans un cas d’insolvabilité. Je ne suis pas d’avis qu’une conclusion aussi générale puisse être tirée de cet historique législatif. Dans l’arrêt *Sparrow Electric*, la question était de savoir qui, de la banque prêteuse ou de la Couronne, avait la priorité dans le cadre de la faillite de la débitrice. La banque bénéficiait d’une convention de garantie générale portant sur tous les biens de la débitrice, convention que la banque avait signée plusieurs mois avant que sa requête en faillite contre la débitrice soit accueillie. Si la débitrice devait également à la Couronne 625 990,86 \$ en retenues à la source non versées au moment de sa faillite, le premier défaut de versement à la Couronne ne s’était produit qu’après que la banque eut signé sa convention de garantie générale.

[100] Iacobucci J., writing for a majority of the Court, held in favour of the bank. At that time, the deemed trust was worded differently, triggering only upon an event of “liquidation, assignment, receivership or bankruptcy”, and the amount of the unremitted source deductions was only deemed to be held “separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment, receivership or bankruptcy” (para. 13 (emphasis added)). The majority therefore concluded that the deemed trust did not attach to the debtor’s property because, at the relevant time, that property was already “legally the [bank’s]” (para. 98). Because the bank had a fixed and specific charge over all of the debtor’s property, there was nothing left for the trust to attach to. The trust could not be effective unless there was some unencumbered asset in the bankruptcy out of which the trust could be deemed (para. 99).

[101] After *Sparrow Electric*, Parliament amended the deemed trust to ensure that, in a case like *Sparrow Electric*, the deemed trust attached notwithstanding any security interest held in the debtor’s property (*First Vancouver*, at para. 27). As Iacobucci J. explained in *First Vancouver*, Parliament intended “to grant priority to the deemed trust in respect of property that is also subject to a security interest regardless of when the security interest arose in relation to the time the source deductions were made or when the deemed trust takes effect” (para. 28).¹

[102] In this appeal, the Crown argues that a court-ordered priming charge under the *CCAA* is a security interest for the purposes of the Crown’s deemed

[100] Le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour, a tranché en faveur de la banque. À ce moment-là, les dispositions relatives à la fiducie réputée étaient formulées différemment, ne s’appliquant qu’en cas de « liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite », et le montant des retenues à la source non versées était seulement considéré comme tenu « séparé et ne formant pas partie du patrimoine visé par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite » (par. 13 (je souligne)). La majorité a donc conclu que la fiducie réputée ne s’attachait pas aux biens de la débitrice puisqu’au moment visé, ces biens appartenaient déjà « légalement à [la banque] » (par. 98). Étant donné que la banque bénéficiait d’un privilège fixe et spécifique sur tous les biens de la débitrice, la fiducie ne pouvait s’attacher à rien. La fiducie ne pouvait s’appliquer que s’il existait des éléments d’actifs libres de toute charge qui auraient pu faire l’objet d’une fiducie réputée (par. 99).

[101] À la suite de l’arrêt *Sparrow Electric*, le législateur a modifié les dispositions relatives à la fiducie réputée de sorte que, dans une affaire comme *Sparrow Electric*, la fiducie réputée s’applique malgré toute autre garantie grevant les biens du débiteur (*First Vancouver*, par. 27). Comme l’a expliqué le juge Iacobucci dans l’arrêt *First Vancouver*, le législateur voulait accorder « la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque les biens sont par ailleurs grevés d’une garantie, que celle-ci ait pris effet avant ou après les retenues à la source ou l’application de la fiducie réputée » (par. 28).¹

[102] Dans le présent pourvoi, la Couronne affirme qu’une charge super prioritaire ordonnée par un tribunal en vertu de la *LACC* constitue une garantie

¹ It bears noting, however, that ss. 227(4) and 227(4.1) of the *ITA* do not give the Crown priority over all creditors. They explicitly carve out an exception for the rights of unpaid suppliers (*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 81.1) and the rights of farmers, fisherman, and aquaculturists (s. 81.2). In addition, s. 227(4.2) of the *ITA* carves out an exception for a prescribed security interest, defined in the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 2201. Broadly, a prescribed security interest is a mortgage in land or a building which is registered before the failure to remit the source deductions at issue (Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/99-322, *Canada Gazette*, Part II, vol. 133, No. 17, August 18, 1999, at pp. 2041-42).

¹ Il convient toutefois de noter que les par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR* n’accordent pas à la Couronne la priorité sur tous les créanciers. Ils prévoient explicitement une exception pour les droits des fournisseurs impayés (*Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 81.1) et les droits des agriculteurs, des pêcheurs et des aquiculteurs (art. 81.2). En outre, le par. 227(4.2) de la *LIR* prévoit une exception pour les garanties visées par règlement, définies dans le *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945, art. 2201. De façon générale, est une garantie visée par règlement une hypothèque qui greève un fond de terre ou un bâtiment, à condition que l’hypothèque ait été enregistrée avant le non-versement des retenues à la source en cause (Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/99-322, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 133, n° 17, 18 août 1999, p. 2041-2042).

trust. I agree that the definition of “security interest” in s. 224(1.3) of the *ITA* is broad, capturing “any interest in . . . property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest . . . created by or arising out of a . . . charge . . . , however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for”. However, Wood makes the observation that court-ordered charges are fundamentally different in nature from the security interests that arise by consensual agreement or by operation of law enumerated in s. 224(1.3) because “they are integrally connected to insolvency proceedings that operate for the benefit of the creditors as a group” (Wood (2020), at p. 98). As a result, he reasons that “it would be reasonable to expect that they would be specifically mentioned in the *ITA* definition of security interest if they were to be included” (p. 98).

[103] While s. 227(4.1) undeniably operates notwithstanding any security interest — and priming charge — over the debtor’s property, the legislative history post-*Sparrow Electric* says nothing about the Crown’s specific right to unremitted source deductions, pursuant to the deemed trust, when a company undergoes restructuring under the *CCAA*. Even if, as the Crown insists, a priming charge under the *CCAA* is a security interest for the purposes of the Crown’s deemed trust (and I do not settle that debate in these reasons), that does not define what *rights* the Crown has, in a *CCAA* restructuring, pursuant to its deemed trust. This Court has never considered how s. 227(4.1) of the *ITA* interacts with the *CCAA* regime in light of the seminal insolvency decisions in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, and *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271. This appeal calls on this Court to do so.

pour les besoins de la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne. Je conviens que la définition du terme « garantie » figurant au par. 224(1.3) de la *LIR* est large et assimile « [un] intérêt sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement » et en précisant que « [s]ont en particulier des garanties les intérêts [. . .] droits nés ou découlant de charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs ». Cependant, Wood fait remarquer avec justesse que les charges constituées par un tribunal diffèrent fondamentalement des garanties énumérées au par. 224(1.3) qui prennent leur source dans un accord consensuel ou l’application de la loi, car [TRADUCTION] « elles sont intimement liées aux procédures d’insolvabilité qui fonctionnent au profit de l’ensemble des créanciers » (Wood (2020), p. 98). Par conséquent, il opine qu’« il serait raisonnable de s’attendre à ce qu’elles soient expressément mentionnées dans la définition de garantie qui figure dans la *LIR* si elles devaient en faire partie » (p. 98).

[103] Bien que le par. 227(4.1) s’applique indéniablement en dépit de l’existence de toute garantie — ou charge super prioritaire — grevant les biens du débiteur, l’évolution des textes législatifs depuis le prononcé de l’arrêt *Sparrow Electric* est muette à propos du droit spécifique de la Couronne sur les retenues à la source non versées, au titre de la fiducie réputée, lorsqu’une entreprise fait l’objet d’une restructuration sous le régime de la *LACC*. Même si, comme l’affirme avec insistance la Couronne, une charge super prioritaire au titre de la *LACC* est une garantie pour les besoins de la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne (et je ne tranche pas cette question dans les présents motifs), cela ne définit pas les *droits* de la Couronne au titre de la fiducie réputée dans le cadre d’une restructuration sous le régime de la *LACC*. Notre Cour ne s’est jamais penchée sur la façon dont le par. 227(4.1) de la *LIR* interagit avec le régime de la *LACC* à la lumière des arrêts de principe en matière d’insolvabilité *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, et *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271. Le présent pourvoi appelle notre Cour à le faire.

(2) The Right of Beneficial Ownership in Section 227(4.1) of the ITA

[104] The Crown argues that s. 227(4.1) creates a proprietary right in the Crown because it gives the Crown beneficial ownership of the amount of the unremitted source deductions. Because this is an *ownership* right, the amount of the unremitted source deductions is taken out of the debtor's estate, effectively giving the Crown super-priority. In other words, the Crown agrees with the dissent in the Court of Appeal: that property is the Crown's property and a CCAA judge cannot order a charge over it. The Respondents, in line with the Court of Appeal majority, submit that s. 227(4.1) creates a security interest and can therefore be subordinated to a priming charge under the CCAA.

[105] These submissions rely heavily on characterizing the Crown's interest as either a "security interest" or as "proprietary" in nature. However, in my view, defining an entitlement as one or the other does not resolve the issues on appeal because neither characterization has essential features in the abstract. Rather, a statutory entitlement takes its character from the statutory provision. General concepts of "proprietary right" and "security interest" — or of "property," "trust" and "beneficial ownership" — are of limited assistance in this analysis.

[106] This Court has noted that property is often understood as a "bundle of rights" and obligations (*Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166, at para. 43). Depending on which rights someone holds, their "bundle of rights" can be viewed as a weak or robust proprietary interest. For this reason, the holder of a security interest has been described as having a proprietary right in its security. In *Sparrow Electric*, for example, both Iacobucci J., writing for the majority, and Gonthier J., writing for the dissent, explained the secured creditor in that case as having a proprietary right in, and effectively owning, the debtor's property that secured its debt (paras. 42 and 98).

(2) Le droit de bénéficiaire prévu au par. 227(4.1) de la LIR

[104] La Couronne soutient que le par. 227(4.1) lui confère un droit propriétaire puisqu'il lui accorde un droit de bénéficiaire sur le montant des retenues à la source non versées. Puisqu'il s'agit d'un droit *propriétal*, le montant des retenues à la source non versées est soustrait du patrimoine du débiteur, accordant ainsi à la Couronne une super priorité. Autrement dit, la Couronne souscrit à l'opinion dissidente exprimée en Cour d'appel : le bien est la propriété de la Couronne, et un juge chargé d'appliquer la LACC ne peut ordonner aucune charge sur ce bien. Les intimées, à l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, font valoir que le par. 227(4.1) crée une garantie et que celle-ci peut donc être subordonnée à une charge super prioritaire au titre de la LACC.

[105] Ces prétentions sont fondées en grande partie sur la nature de l'intérêt de la Couronne, à savoir « garantie » ou « droit propriétaire ». Cependant, je suis d'avis que le fait de qualifier le droit de l'une ou l'autre façon ne permet pas de résoudre les questions en litige dans le pourvoi étant donné que ni l'une ni l'autre des qualifications ne possède de caractéristiques essentielles dans l'abstrait. La nature d'un droit est définie par la disposition législative qui le prévoit. Les concepts généraux de « droit propriétaire » et de « garantie » — ou de « bien », de « fiducie » et de « droit de bénéficiaire » — ne sont pas d'une grande utilité dans la présente analyse.

[106] Notre Cour a souligné qu'un bien est souvent interprété comme un « faisceau de droits » et d'obligations (*Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166, par. 43). Selon les droits qu'a une personne, son « faisceau de droits » peut être considéré comme un « intérêt propriétaire » faible ou fort. Pour cette raison, on a dit que le titulaire d'une garantie a un droit propriétaire sur cette garantie. Dans l'arrêt *Sparrow Electric*, par exemple, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, et le juge Gonthier, au nom des juges dissidents, ont expliqué que, dans cette affaire, le créancier garanti avait un droit propriétaire sur les biens de la débitrice qui servaient à garantir sa dette et qu'il était effectivement propriétaire de ces biens (par. 42 et 98).

[107] Similarly, Ronald C. C. Cuming, Catherine Walsh and Roderick J. Wood state that, in the context of personal property security legislation, a secured creditor holds a proprietary right in collateral. This is because, for these authors, “[t]he defining characteristic of a proprietary right . . . is that it is . . . enforceable against the world”, and the right of a secured creditor with a perfected security interest is enforceable against the world (*Personal Property Security Law* (2nd ed. 2012), at p. 613). Without an explanation for what the terms mean in a particular context, it is difficult to draw any conclusion from characterizing something as one or the other. (While there is a clear difference between a right *in rem* (available against the world at large) and a right *in personam* (available against a determinate set of individuals), whether the term “proprietary right” means a “right *in rem*” or the term “security interest” means a “right *in personam*” depends upon the statutory context. In any event, the submissions before this Court were not framed in these terms).

[108] This Court explained in *Saulnier* that, when analyzing the definition of property under a statute, there is little use in considering property in the abstract or even under the common law because “Parliament can and does create its own lexicon” for particular purposes (para. 16; see also *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286, at paras. 11-12). Indeed, “interests unknown to the common law may be created by statute” (*Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 952, at p. 999, citing Ross J. in *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (N.S.S.C.), at p. 390). As a result, caution is required before importing definitions from other contexts, relying on statements or description from cases out of context, and employing general concepts like “proprietary right” and “security interest”. It is crucial in this appeal to stay within the bounds of the statutory provisions being interpreted.

[109] Section 227(4.1) states that the amount of the unremitted source deductions is “beneficially

[107] Dans le même ordre d’idées, Ronald C. C. Cuming, Catherine Walsh et Roderick J. Wood affirment que, dans le contexte des lois en matière de sûretés mobilières, un créancier garanti possède un droit propriétaire sur les biens donnés en garantie. La raison en est que, pour ces auteurs, [TRADUCTION] « [l]a caractéristique déterminante d’un droit propriétaire est [. . .] qu’il est [. . .] opposable à tous », et le droit d’un créancier garanti ayant une sûreté parfaite est opposable à tous (*Personal Property Security Law* (2^e éd. 2012), p. 613). Sans une explication de ce que signifient les termes dans un contexte donné, il est difficile de tirer quelque conclusion que ce soit de la qualification. (Bien qu’il existe une nette différence entre un droit réel (opposable à tous) et un droit personnel (opposable à un ensemble déterminé de personnes), la question de savoir si le terme « droit propriétaire » s’entend d’un « droit réel » ou si le terme « garantie » s’entend d’un « droit personnel » dépend du contexte législatif. Quoi qu’il en soit, les observations présentées devant notre Cour n’étaient pas formulées en ces termes).

[108] Dans l’arrêt *Saulnier*, notre Cour a expliqué qu’au moment d’analyser la définition d’un bien contenue dans une loi, il n’est pas utile d’examiner la notion de « bien » dans l’abstrait, ni même dans la common law parce que « le législateur peut, à des fins particulières, créer sa propre nomenclature, et il lui arrive effectivement de le faire » (par. 16; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286, par. 11-12). En effet, « des droits étrangers à la common law peuvent naître d’une loi » (*Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée*, [1987] 1 R.C.S. 952, p. 999, citant le juge Ross dans *Town of Lunenburg c. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (C.S. N.-É.), p. 390). Par conséquent, une certaine prudence s’impose avant d’utiliser des définitions tirées d’autres contextes, de s’appuyer sur des déclarations ou des descriptions tirées d’affaires hors contexte et d’employer des concepts généraux comme le « droit propriétaire » et la « garantie ». Il est essentiel, dans le présent pourvoi, de ne pas déborder du cadre des dispositions législatives à interpréter.

[109] Aux termes du par. 227(4.1), la Couronne a un « droit de bénéficiaire » sur le montant des

owned” by the Crown. However, it does not follow that this right of beneficial ownership is absolute or that the term imports specific rights that flow from it. This is not a case where Parliament has used a term with an established legal meaning — leading to an inference that Parliament has given the term that meaning in the statute in question (*R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 20). The concept of beneficial ownership does not have a precise doctrinal meaning in the common law of Canada, and it does not exist in the civil law of Quebec. It is also not used consistently in the *ITA*. The meaning of “beneficially owned” in s. 227(4.1) can only be understood in the specific, relevant statutory context in which it arises. To that end, while s. 227(4.1) uses the mechanism of a trust and confers some type of beneficial ownership on the Crown, it modifies even those features of beneficial ownership that are widely associated with it under the common law.

[110] As a federal statute with national application, the *ITA* rests on the private law of the provinces. This relationship of complementarity is codified in s. 8.1 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. However, the federal statute can derogate and dissociate itself from the private law when it legislates on a matter that falls within its jurisdiction: see M. Lamoureux, “*The Harmonization of Tax Legislation Dissociation: A Mechanism of Exception Part III*” (online). As I shall explain, the trust created by s. 227(4.1) disassociates itself from the requirements of a trust in both the provincial common law and civil law.

[111] I proceed as follows: (1) there is no settled doctrinal meaning of the term beneficial ownership; and (2) s. 227(4.1) does not create a true trust because there is no certainty of subject matter. A lack of certainty of subject matters means that the Crown cannot, through tracing, claim appreciation of trust value and the trustee (tax debtor) is free to dispose of trust property. These features render the Crown’s beneficial ownership weaker than generally understood at common law. The result is an interest “unknown to the common [or civil] law”. We cannot, therefore, look at s. 227(4.1) in isolation to define

retenues à la source non versées. Il ne s’ensuit toutefois pas que ce droit de bénéficiaire est absolu ni qu’il découle de ce terme des droits particuliers. Il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où le législateur a utilisé un terme ayant une signification juridique bien établie — menant à une inférence selon laquelle le législateur a donné cette signification précise au terme dans la loi en question (*R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 20). Le concept du droit de bénéficiaire n’a pas de signification doctrinale précise dans la common law canadienne, et il n’existe pas dans le droit civil québécois. Il n’est pas non plus utilisé de façon uniforme dans la *LIR*. Le sens du terme « droit de bénéficiaire » utilisé au par. 227(4.1) ne peut être saisi que dans le contexte législatif précis et pertinent où il est employé. À cet égard, bien que le par. 227(4.1) prévoit un mécanisme de fiducie et qu’il confère un certain droit de bénéficiaire à la Couronne, il modifie les caractéristiques qui sont généralement associées à ce droit de bénéficiaire dans la common law.

[110] En tant que loi fédérale d’application nationale, la *LIR* repose sur le droit privé des provinces. Ce rapport de complémentarité est établi à l’art. 8.1 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21. La loi fédérale peut cependant déroger au droit privé et s’en dissocier lorsqu’elle porte sur une matière qui relève de sa compétence : voir M. Lamoureux, « *L’harmonisation des lois fiscales — La dissociation : Un mécanisme d’exception Partie III* » (en ligne). Comme je l’expliquerai, la fiducie créée en vertu du par. 227(4.1) se dissocie des conditions d’une fiducie tant en common law provinciale qu’en droit civil.

[111] Voici de quelle manière je vais procéder : (1) le terme « droit de bénéficiaire » n’a pas de signification établie dans la doctrine et (2) le par. 227(4.1) ne crée pas une fiducie véritable puisqu’il n’existe aucune certitude quant à sa matière. L’absence de certitude à cet égard signifie que la Couronne ne peut pas, au moyen du retraçage de l’origine des biens, réclamer l’appréciation de la valeur de la fiducie, et le fiduciaire (débitéur fiscal) est libre de disposer des biens de la fiducie. Ces caractéristiques font du droit de bénéficiaire de la Couronne un droit plus faible que le sens qui lui est généralement donné en

the way in which the Crown’s “beneficially owned” property under s. 227(4.1) should be treated in an insolvency — that clarification must come from, and indeed does come from, Parliament’s insolvency legislation.

(a) *No Settled Doctrinal Meaning*

[112] Beneficial ownership is most commonly used in the law of trusts to broadly distinguish between who has legal title to property (the trustee) and who has beneficial enjoyment of that property (the beneficiary). *Black’s Law Dictionary* (11th ed. 2019), for example, defines a “beneficial owner” as “[o]ne recognized in equity as the owner of something because use and title belong to that person, even though legal title may belong to someone else, esp. one for whom property is held in trust” (p. 1331).

[113] Despite this common usage, there is no clear definition of the rights flowing from the term “beneficial ownership” under the common law (see, e.g., C. Brown, “Beneficial Ownership and the Income Tax Act” (2003), 51 *Can. Tax J.* 401; M. D. Brender, “Beneficial Ownership in Canadian Income Tax Law: Required Reform and Impact on Harmonization of Quebec Civil Law and Federal Legislation” (2003), 51 *Can. Tax J.* 311, at p. 316). As well, the *Civil Code of Québec* does not have a concept of beneficial ownership (see *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d’Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, at paras. 48-49).

[114] The term itself is also contentious within the academy, giving rise to a heated debate about whether a trust beneficiary should be thought of as an *owner* at all (see, e.g., D. W. M. Waters, “The Nature of the Trust Beneficiary’s Interest” (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 219; L. D. Smith, “Trust and Patrimony” (2008), 38 *R.G.D.* 379; B. McFarlane and R. Stevens,

common law. Il en résulte un droit « étrang[er] à la *common law* [ou au droit civil] ». Nous ne pouvons donc pas nous fier au seul par. 227(4.1) pour définir de quelle façon les biens dans lesquels la Couronne a un « droit de bénéficiaire » au titre du par. 227(4.1) devraient être traités en cas d’insolvabilité — cette précision doit venir, et elle vient effectivement, de la législation du Parlement en matière d’insolvabilité.

a) *Aucune signification établie dans la doctrine*

[112] Le concept du droit de bénéficiaire est plus couramment utilisé dans le domaine du droit des fiducies afin d’établir une distinction générale entre celui qui possède un titre en common law sur un bien (le fiduciaire) et celui qui a la jouissance de ce bien (le bénéficiaire). Selon le *Black’s Law Dictionary* (11^e éd. 2019), par exemple, le « *beneficial owner* » (propriétaire bénéficiaire) est défini comme [TRA-DUCTION] « [l]a personne reconnue en equity comme le propriétaire d’une chose parce que l’utilisation et le titre lui appartiennent, même si le titre juridique appartient peut-être à quelqu’un d’autre, surtout une personne pour qui des biens sont détenus en fiducie » (p. 1331).

[113] Malgré ce sens couramment donné, il n’existe pas de définition claire des droits qui découlent du « droit de bénéficiaire » en common law (voir, p. ex., C. Brown, « Propriété effective et Loi de l’impôt sur le revenu » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 454; M. D. Brender, « Propriété effective dans la législation fiscale canadienne : Réforme nécessaire et incidences sur l’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil du Québec » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 355, p. 360). En outre, le concept de « droit de bénéficiaire » ne figure pas dans le *Code civil du Québec* (voir *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d’Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, par. 48-49).

[114] Également sujet à controverse dans le milieu universitaire, le terme est à l’origine d’un débat houleux sur la question de savoir si le bénéficiaire d’une fiducie devrait être considéré comme un *propriétaire* (voir, p. ex., D. W. M. Waters, « The Nature of the Trust Beneficiary’s Interest » (1967), 45 *R. du B. can.* 219; L. D. Smith, « Trust and Patrimony » (2008),

“The nature of equitable property” (2010), 4 *J. Eq.* 1; J. E. Penner, “The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust” (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473; Brender, at p. 316). The conventional view is that a trust beneficiary only has a right *in personam* against the trustee to enforce the terms of the trust, which is not a proprietary right in the trust property. A different view is that a trust beneficiary has equitable ownership of trust property, despite the existence of an intermediary with legal title (Brown, at pp. 413-14). Some suggest that there is a midway approach in Canada: depending on the context, a beneficiary’s right is either a personal right against the trustee or a proprietary right in trust property (Brender, at p. 316).

[115] In “Beneficial Ownership and the Income Tax Act”, Brown notes the debate in the academy and analyzes how the terms “beneficial ownership”, “beneficial owner”, and “beneficially owned” are used in the *ITA*. After examining 26 provisions invoking beneficial ownership in the *ITA*, she concludes that its meaning is “no longer obvious” (p. 452).

[116] This Court need not resolve the ongoing debate. However, it serves to highlight that “the real question is what is the nature of a beneficiary’s interest in a trust when considered in the context of the legislation that is sought to be applied” (Brown, at p. 419). In the *ITA* context, Brown concludes that “the matter of what ‘beneficial ownership’ means for tax purposes must be settled within the structure of the *ITA*” (p. 435). Further, whether the beneficiary’s rights within the *ITA* are *in rem* or *in personam* will often depend on a combination of factors, like the wording of the deeming provision, private law concepts, case law, and tax policy (see pp. 435-36).

[117] In my view, the works cited above belie the notion that s. 227(4.1) of the *ITA*, and its use of the

38 *R. G. D.* 379; B. McFarlane et R. Stevens, « The nature of equitable property » (2010), 4 *J. Eq.* 1; J. E. Penner, « The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust » (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473; Brender, p. 360). On estime d’ordinaire que le bénéficiaire d’une fiducie n’a que le droit personnel d’exiger du fiduciaire qu’il exécute les conditions de la fiducie, lequel droit ne constitue pas un droit de propriété sur les biens de la fiducie. Un autre avis est que le bénéficiaire d’une fiducie a un droit de propriété en equity sur les biens de la fiducie, malgré l’existence d’un intermédiaire détenant un titre légal (Brown, p. 468-469). Certains suggèrent qu’il existe une approche intermédiaire au Canada : selon le contexte, le droit d’un bénéficiaire est soit un droit personnel à l’encontre du fiduciaire, soit un droit de propriété sur les biens de la fiducie (Brender, p. 360).

[115] Dans « Propriété effective et Loi de l’impôt sur le revenu », Brown souligne le débat qui divise les spécialistes du domaine et elle analyse la façon dont les termes « *beneficial ownership* », « *beneficial owner* » et « *beneficially owned* » (« droit de bénéficiaire » et « propriétaire bénéficiaire ») sont utilisés dans la *LIR*. Après avoir étudié 26 dispositions de la *LIR* contenant « *beneficial ownership* », elle en arrive à la conclusion que son sens « n’est plus aussi évident » (p. 512).

[116] Notre Cour n’a pas à résoudre le débat en cours. Toutefois, ce débat fait ressortir que « la vraie question est la suivante : quelle est la nature de l’intérêt du bénéficiaire à l’égard d’une fiducie dans le contexte de la loi applicable [. . .] ? » (Brown, p. 474). Dans le contexte de la *LIR*, Brown conclut que « le sens du concept de propriété effective aux fins d’impôt doit être établi dans le contexte de la *LIR* » (p. 493). En outre, la question de savoir si les droits d’un bénéficiaire prévus par la *LIR* sont réels ou personnels (*in rem* ou *in personam*) dépendra souvent d’une combinaison de facteurs, comme le libellé des dispositions déterminatives, les concepts de droit privé, la jurisprudence et les politiques fiscales (voir p. 493-494).

[117] À mon avis, les ouvrages précités contredisent l’idée que le par. 227(4.1) de la *LIR*, et son

concept of beneficial ownership, is unequivocal in meaning. Not only is there no settled definition of beneficial ownership under the common law, there also appears to be no consistent meaning of the term in the *ITA*. And the concept does not exist in Quebec civil law. The meaning of beneficial ownership when used in a statute must always be construed within the context of the particular provision in which it occurs. What is necessary is careful scrutiny of s. 227(4.1), and specifically, the right of beneficial ownership it gives the Crown, particularly in the context of a statutory deemed trust with no specific subject matter.

(b) *Section 227(4.1) Does Not Create a “True” Trust*

[118] A statutory deemed trust is a unique legal vehicle. Unlike an express trust, which can be created by contract, will, or oral and written declarations, and unlike a trust that arises by operation of law, a statutory deemed trust “is a trust that legislation brings into existence by constituting certain property as trust property and a certain person as the trustee of that property” (*Guarantee Company of North America v. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225, at para. 18; see also A. Grenon, “Common Law and Statutory Trusts: In Search of Missing Links” (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109, at p. 110).

[119] Being a creature of statute, a statutory deemed trust does not have to fulfill the ordinary requirements of trust law, namely, certainty of intention, certainty of subject matter, and certainty of object (*British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; see also *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. v. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174, at para. 163).

[120] Section 227(4.1), for example, does not fulfill the ordinary requirements of the common law of trusts (see R. J. Wood and R. T. G. Reeson, “The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust: *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.*” (2000),

recours au concept de droit de bénéficiaire, a un sens sans équivoque. Non seulement il n’existe aucune définition établie du « droit de bénéficiaire » dans la common law, mais il appert également que la *LIR* ne lui donne pas un sens uniforme. En outre, le concept n’existe pas en droit civil québécois. Le sens du terme « droit de bénéficiaire », lorsqu’il est employé dans une loi, doit toujours être interprété dans le contexte de la disposition où il figure. Il est nécessaire de procéder à un examen minutieux du par. 227(4.1) et, plus particulièrement, du droit de bénéficiaire qu’il confère à la Couronne, notamment dans le cas d’une fiducie réputée créée par la loi sans certitude quant à sa matière.

b) *Le paragraphe 227(4.1) ne crée pas une fiducie « véritable »*

[118] Une fiducie réputée créée par la loi est un mécanisme juridique unique. Contrairement à une fiducie expresse, qui peut être établie par contrat, par testament ou par déclaration orale ou écrite, et contrairement à une fiducie qui découle de l’application de la loi, une fiducie réputée créée par la loi [TRADUCTION] « est une fiducie que crée la loi en constituant certains biens en biens de fiducie et en désignant une certaine personne comme fiduciaire de ces biens » (*Guarantee Company of North America c. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225, par. 18; voir aussi A. Grenon, « Common Law and Statutory Trusts : In Search of Missing Links » (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109, p. 110).

[119] Tirant son origine de la législation, la fiducie réputée créée par la loi n’a pas à satisfaire aux exigences ordinaires du droit des fiducies, soit la certitude quant à l’intention, la certitude quant à la matière et la certitude quant à l’objet (*Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; voir aussi *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. c. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174, par. 163).

[120] Le paragraphe 227(4.1), par exemple, ne satisfait pas aux exigences ordinaires de la common law en matière de fiducies (voir R. J. Wood et R. T. G. Reeson, « The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust : *Royal Bank v. Tuxedo Transportation*

15 *B.F.L.R.* 515, at pp. 522-24). There is no identifiable trust property and therefore no certainty of subject matter (*Henfrey*, at p. 35). To use the terminology in *Henfrey*, s. 227(4.1) is not a “true” trust (p. 34). Moreover, without specific property being transferred to the trust patrimony, s. 227(4.1) does not satisfy the requirements of an autonomous patrimony contemplated by the *Civil Code of Québec* in arts. 1260, 1261 and 1278: see *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758, at para. 31.

[121] This departure from a standard requirement of trust formation — certainty of subject matter — results in at least two features of s. 227(4.1) that are at odds with the operation of ordinary trusts. First, through equitable tracing, the beneficiary of a trust can claim appreciation in trust value, but this advantage is impossible without identifiable trust property (*Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at pp. 79 and 92-93; *Foskett v. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102 (H.L.), at pp. 129-31; L. D. Smith, *The Law of Tracing* (1997), at pp. 347-48). The tracing mechanism in s. 227(4.1) provides that the value of any unremitted source deductions continues to survive in the assets remaining in the tax debtor’s hands. Section 227(4.1) traces the *value* of the unremitted source deductions, necessarily capping the Crown’s right at that value. In *Sparrow Electric*, Gonthier J. explained that such a tracing mechanism is “antithetical to tracing in the traditional sense, to the extent that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset which the subject matter is being traced into” (para. 37; see also Wood and Reeson, at p. 518; Smith (1997), at pp. 310-20 and 347-48; R. J. Wood, “The Floating Charge in Canada” (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191, at p. 221).

[122] While s. 227(4.1) gives the Crown beneficial ownership in the value of unremitted source deductions, it does not allow the Crown to claim more than the value of the source deductions. In other words, it gives the Crown the right of beneficial ownership

Ltd. » (2000), 15 *B.F.L.R.* 515, p. 522-524). Les biens de la fiducie ne sont pas identifiables, et il n’y a donc aucune certitude quant à sa matière (*Henfrey*, p. 35). Pour reprendre la terminologie utilisée dans l’arrêt *Henfrey*, le par. 227(4.1) ne crée pas une fiducie « véritable » (p. 34). De plus, sans transfert de biens précis au patrimoine fiduciaire, le par. 227(4.1) ne satisfait pas aux conditions d’un patrimoine autonome prévues aux art. 1260, 1261 et 1278 du *Code civil du Québec* : voir *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758, par. 31.

[121] Cette dérogation à une exigence normale de la constitution d’une fiducie — la certitude quant à la matière — fait en sorte qu’au moins deux caractéristiques du par. 227(4.1) ne cadrent pas avec le fonctionnement des fiducies ordinaires. Premièrement, grâce aux règles de retraçage des biens en equity, le bénéficiaire d’une fiducie peut réclamer l’appréciation de la valeur de la fiducie, mais cet avantage ne représente rien si les biens de la fiducie ne sont pas identifiables (*Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, p. 79 et 92-93; *Foskett c. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102 (H.L.), p. 129-131; L. D. Smith, *The Law of Tracing* (1997), p. 347-348). Le mécanisme de retraçage exposé au par. 227(4.1) prévoit que la valeur des retenues à la source non versées subsiste dans les actifs qui demeurent en la possession du débiteur fiscal. Le paragraphe 227(4.1) permet d’établir la *valeur* des retenues à la source non versées, limitant automatiquement le droit de la Couronne à cette valeur. Dans l’arrêt *Sparrow Electric*, le juge Gonthier a expliqué qu’un tel mécanisme permettant de retracer l’origine d’un bien était « à l’opposé du sens traditionnel du mot “retracer”, dans la mesure où il ne nécessite aucun lien entre l’objet de la fiducie et le fonds ou l’actif auquel on rattache cet objet » (par. 37; voir aussi Wood et Reeson, p. 518; Smith (1997), p. 310-320 et 347-348; R. J. Wood, « The Floating Charge in Canada » (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191, p. 221).

[122] Si le par. 227(4.1) confère à la Couronne un droit de bénéficiaire sur la valeur des retenues à la source non versées, il ne permet pas à la Couronne de réclamer davantage que la valeur de ces retenues. Autrement dit, il confère à la Couronne un droit de

without at least some of the advantages that beneficial ownership often entails.

[123] Second, a trustee cannot normally dispose of trust property in the ordinary course of the trustee's business. Section 227(4.1), however, allows the tax debtor to dispose of its property, conveying clear title to property subject to the trust.

[124] This was the point made by Iacobucci J. in *First Vancouver* when he likened the deemed trust in s. 227(4.1) to a floating charge. Because a floating charge is a security interest, the Respondents rely on Iacobucci J.'s analogy to argue that s. 227(4.1) only creates a security interest as opposed to a proprietary right. I disagree with the Respondents' submission — the limited analogy to a floating charge in that context cannot be relied on in this case to liken the Crown's interest to a security interest for the purposes of the CCAA.

[125] One of the issues in *First Vancouver* was whether the deemed trust in s. 227(4.1) continued to attach to property that had been sold by the tax debtor to a third-party purchaser for value. The Court concluded that, in the event of a sale to a third party, “the trust property is replaced by the proceeds of sale of such property” (para. 40). This is because the deemed trust “does not attach specifically to any particular assets of the tax debtor so as to prevent their sale” and the tax debtor is thereby “free to alienate its property in the ordinary course” (para. 40). In this way, “the deemed trust is in principle similar to a floating charge over all the assets of the tax debtor” (para. 40). As a result, the deemed trust in s. 227(4.1) would not override the rights of third-party purchasers for value (para. 44).

[126] In short, the deemed trust in s. 227(4.1) clearly “anticipate[s] that the character of the tax debtor's property will change over time” (*First Vancouver*, at para. 41). In making these statements, Iacobucci J. did not, however, equate the

bénéficiaire sans certains des avantages qui y sont souvent rattachés.

[123] Deuxièmement, un fiduciaire ne peut généralement pas disposer des biens de la fiducie dans le cours normal de ses activités. Le paragraphe 227(4.1) permet toutefois au débiteur fiscal de disposer de ses biens, traduisant un titre de propriété incontestable sur les biens assujettis à la fiducie.

[124] C'est le raisonnement qu'a exprimé le juge Iacobucci dans l'arrêt *First Vancouver* quand il a comparé la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) à une charge flottante. Puisqu'une charge flottante est une garantie, les intimées s'appuient sur l'analogie du juge Iacobucci pour soutenir que le par. 227(4.1) crée seulement une garantie et non un droit propriétaire. Je ne souscris pas à l'affirmation des intimées — la comparaison restreinte avec une charge flottante faite dans ce contexte ne peut pas être invoquée en l'espèce pour assimiler le droit de la Couronne à une garantie pour l'application de la LACC.

[125] Une des questions soulevées dans l'arrêt *First Vancouver* était celle de savoir si la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) s'attachait toujours aux biens vendus à titre onéreux à un tiers par le débiteur fiscal. La Cour a conclu que, si le bien est vendu à un tiers, « ce bien [est] alors remplacé par le produit de la vente » (para. 40). Il en est ainsi parce que la fiducie réputée « ne vise pas certains biens en particulier du débiteur fiscal de façon à en empêcher la vente », le débiteur est donc « libre de se départir d'un bien détenu en fiducie dans le cadre normal de ses activités » (para. 40). De cette façon, la fiducie réputée « s'apparent[e], sur le plan des principes, à une charge flottante grevant [. . .] l'ensemble des éléments d'actif du débiteur fiscal » (para. 40). Par conséquent, la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) ne l'emporterait pas sur le respect des droits de l'acquéreur à titre onéreux (para. 44).

[126] En résumé, dans le cas d'une fiducie réputée prévue au par. 227(4.1), « il est [clairement] à prévoir que la nature des biens du débiteur fiscal changera avec le temps » (*First Vancouver*, par. 41). Le juge Iacobucci n'a toutefois pas assimilé la fiducie réputée

deemed trust in s. 227(4.1) to a floating charge for all purposes. Otherwise, the trust would not attach until an event of crystallization, and s. 227(4.1) clearly contemplates that the trust attaches from the moment source deductions are made or withheld (see s. 227(4.1)(a) and (b); see also A. Duggan and J. Ziegel, “Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security” (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, at p. 246; Wood (1989), at p. 195).

[127] The Court’s limited analogy to a floating charge in *First Vancouver* helps explain why “beneficial ownership” in s. 227(4.1) again means something narrower than it does outside of that statutory context. The Crown’s right of beneficial ownership does not prevent the trustee from disposing of trust property until the Canada Revenue Agency (CRA) enforces the deemed trust (Canada Revenue Agency, *Tax collections policies* (online); see also *ITA*, ss. 222, 223(1) to (3), (5) and (6) and 224(1)). Freely disposing of trust property, including for one’s own business purposes, is obviously not something a trustee can do under the common law.

[128] The Crown’s reliance on s. 227(4.1)(b) of the *ITA* is misplaced for similar reasons. That clause specifies that the amount of the unremitted source deductions is deemed to “form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld”. The Crown argues that this is further clarification that a *CCAA* judge cannot order a charge over that amount. Again, the deeming words of s. 227(4.1)(b) must be interpreted in the context of a trust without certainty of subject matter. To say that a certain *amount* does not form part of the debtor’s estate or property reiterates that the Crown has an interest in that amount; it also clarifies that the debtor’s interest in its estate is reduced by that amount. However, it does not change the *makeup* of the estate itself — it does not change the specific property that constitutes the debtor’s estate. So long as the thing that is deemed not to form part of the debtor’s estate or property is an amount or value of money rather than property with a specific subject

prévue au par. 227(4.1) à une charge flottante à toutes les fins. Sinon, la fiducie ne s’appliquerait pas avant la cristallisation du droit, et le par. 227(4.1) indique clairement que la fiducie s’applique dès le moment où les retenues à la source sont faites ou détenues (voir les al. 227(4.1)a) et b); voir aussi A. Duggan et J. Ziegel, « Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security » (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, p. 246; Wood (1989), p. 195).

[127] L’analogie restreinte avec une charge flottante faite par la Cour dans l’arrêt *First Vancouver* aide à expliquer pourquoi le « droit de bénéficiaire » prévu au par. 227(4.1) a une signification plus étroite dans son contexte législatif qu’en dehors de celui-ci. Le droit de bénéficiaire de la Couronne n’empêche pas le fiduciaire de disposer des biens de la fiducie jusqu’à ce que l’Agence du revenu du Canada (ARC) fasse exécuter la fiducie réputée (Agence du revenu du Canada, *Politiques de recouvrement de l’impôt* (en ligne); voir aussi la *LIR*, art. 222 et par. 223(1) à (3), par. 223 (5) et (6) et par. 224(1)). Disposer librement des biens d’une fiducie, y compris pour ses propres activités commerciales, n’est manifestement pas une chose qu’un fiduciaire peut faire selon les règles de la common law.

[128] C’est à tort, pour des raisons semblables, que la Couronne s’appuie sur l’al. 227(4.1)b) de la *LIR*. Cette disposition précise que le montant des retenues à la source non versées est réputé « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu ». La Couronne plaide que cette disposition vient renforcer la thèse selon laquelle le juge chargé d’appliquer la *LACC* ne peut pas ordonner de charge sur ce montant. Une fois de plus, la disposition déterminative de l’al. 227(4.1)b) doit être interprétée dans le contexte d’une fiducie créée sans certitude quant à sa matière. Dire qu’un certain *montant* ne fait pas partie du patrimoine ou des biens d’un débiteur confirme que la Couronne a un intérêt à l’égard de ce montant; cela confirme également que ce montant est soustrait de l’intérêt du débiteur dans son patrimoine. Cependant, cela ne change rien à la *constitution* du patrimoine lui-même — les biens précis qui font partie du patrimoine du débiteur ne changent pas. Tant que ce

matter, the debtor's estate remains unchanged and the debtor continues to have control over it.

[129] To conclude, beneficial ownership under s. 227(4.1) is a manipulation of the concept of beneficial ownership under ordinary principles of trust law. The logical incoherence of s. 227(4.1) has prompted some scholars to criticize the provision as using inappropriate legal concepts. For example, Wood and Reeson state:

... we believe that the design of [s. 227(4.1) of the *ITA*] is deeply flawed. . . . In large measure, the difficulties have as their source the use of inappropriate legal concepts. The concept of a trust is used in the legislation, but in virtually every respect the characteristics of a trust are lacking. The employer is not actually required to hold the money separate and apart, the usual fiduciary obligations of a trustee are absent, and the trust exists without a *res*. The law of tracing is similarly corrupted. The tracing exercise does not seek to identify a chain of substitutions, and a proprietary claim is available without the need for a proprietary base.

...

The misuse of the trust concept and the perversion of conventional tracing principles empty these concepts of meaning and will pose a threat to the rationality of the law. [Footnote omitted; pp. 531-33.]

[130] Others have similarly commented that, in substance, s. 227(4.1) only creates a security interest (J. S. Ziegel, "Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges: *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue*" (2004), 45 C.B.R. (4th) 244, at p. 248; Duggan and Ziegel, at pp. 239 and 245-46; M. J. Hanlon, V. Tickle and E. Csiszar, "Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown's Deemed Trust for Source

qui est réputé ne pas faire partie du patrimoine ou des biens du débiteur est un montant d'argent — et non des biens qui ont une matière précise — le patrimoine du débiteur demeure inchangé et le débiteur en conserve la maîtrise.

[129] En conclusion, le droit de bénéficiaire prévu au par. 227(4.1) constitue une manipulation du concept du droit de bénéficiaire selon les principes ordinaires du droit des fiducies. L'incohérence logique du par. 227(4.1) a mené certains auteurs à critiquer la disposition, faisant valoir qu'elle emploie des concepts juridiques inappropriés. Par exemple, Wood et Reeson affirment ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . nous croyons que la conception du [par. 227(4.1) de la *LIR*] comporte de graves lacunes. [. . .] Dans une large mesure, les lacunes découlent de l'emploi de concepts juridiques inappropriés. On recourt au concept de fiducie, mais à pratiquement tous les égards, les caractéristiques d'une fiducie ne sont pas présentes. L'employeur n'est, en réalité, pas tenu de détenir l'argent séparément de ses propres biens, les obligations qui incombent généralement à un fiduciaire sont absentes, et la fiducie existe sans certitude quant à la matière. En outre, les règles de retraçage des biens ne sont pas respectées. Le retraçage des biens ne vise pas à déterminer une chaîne de substitutions, et une réclamation fondée sur un droit de propriété est possible sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait droit de propriété.

...

Le recours erroné au concept de fiducie et le détournement des principes ordinaires d'établissement de l'origine des biens vident ces concepts de leur sens et compromettent la rationalité du droit. [Note en bas de page omise; p. 531-533.]

[130] D'autres ont également dit qu'en substance, le par. 227(4.1) crée uniquement une garantie (J. S. Ziegel, « Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges : *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue* » (2004), 45 C.B.R. (4^e) 244, p. 248; Duggan et Ziegel, p. 239 et 245-246; M. J. Hanlon, V. Tickle et E. Csiszar, « Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown's Deemed Trust for Source Deductions »,

Deductions”, in J. P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 897).

[131] Similarly, in *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, this Court rejected the Crown’s argument that s. 222(3) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (*ETA*), which is nearly identical to s. 227(4.1) of the *ITA*, created a proprietary right in the Crown (paras. 20-27). In that case, the debtor companies owed goods and services tax (GST) at the time of their respective bankruptcies. As the Crown’s GST claims are unsecured in bankruptcy, the tax authorities took the position that amounts owing up to the date of the bankruptcy were the Crown’s property. This Court unanimously disagreed with that position, concluding that the manner and mechanism of collecting GST was not consistent with a proprietary right (paras. 21-23).

[132] In any event, treating s. 227(4.1) as only effectively creating a security interest would not resolve the issues in this appeal without reference to how the Crown’s interest arises under the *CCAA*. As noted above, broad general characterizations do not help in defining the specific attributes of this deemed trust. This Court must grapple with the fact that s. 227(4.1) is both structured as a security interest, like a charge, but also uses the mechanism of a deemed trust.

[133] The takeaway for this appeal is that the structure of s. 227(4.1), on its own, does not shed light on what to do with the Crown’s beneficial ownership of unremitted source deductions in the insolvency regimes. Although the provision is clear that the Crown’s right operates notwithstanding other security interests, the content of that right for the purposes of insolvency cannot be inferred solely from the text of the *ITA*. The unique statutory device manipulates private law concepts and cannot be carried through to a logical conclusion for the purposes of insolvency. For this reason, it is not surprising that the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (*BIA*) and the *CCAA* specifically articulate

dans J. P. Sarra et autres, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 897).

[131] De la même façon, dans l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, notre Cour a rejeté l’argument de la Couronne selon lequel le par. 222(3) de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, c. E-15 (*LTA*), quasi identique au par. 227(4.1) de la *LIR*, conférait à la Couronne un droit propriétaire (par. 20-27). Dans cette affaire, les compagnies débitrices devaient des montants de taxe sur les produits et services (TPS) au moment de leurs faillites respectives. Puisque les réclamations de la Couronne à l’égard de la TPS ne sont pas garanties en cas de faillite, les autorités fiscales ont soutenu que les montants dus à la date de la faillite appartenaient à la Couronne. Notre Cour a rejeté à l’unanimité cet argument, concluant que le mode et le mécanisme de perception de la TPS ne concordaient pas avec un droit de propriété (par. 21-23).

[132] Quoi qu’il en soit, considérer que le par. 227(4.1) ne crée en réalité qu’une garantie, sans examiner la façon dont l’intérêt de la Couronne découle de la *LACC*, ne résoudrait pas les questions en litige dans le présent pourvoi. Comme je l’ai mentionné précédemment, les qualifications générales n’aident pas à définir les attributs précis de la fiducie réputée en cause. Notre Cour doit composer avec le fait que le par. 227(4.1) est structuré comme une garantie (p. ex., une charge), mais qu’il utilise également le mécanisme d’une fiducie réputée.

[133] Ce qu’il faut retenir pour le présent pourvoi, c’est que la structure du par. 227(4.1) ne permet pas à elle seule de faire la lumière sur ce qu’il convient de faire, dans le cadre des régimes d’insolvabilité, avec le droit de bénéficiaire que détient la Couronne sur les retenues à la source non versées. Bien que la disposition indique clairement que le droit de la Couronne s’applique malgré toute autre garantie, la teneur de ce droit dans un contexte d’insolvabilité ne peut être déduite uniquement du texte de la *LIR*. Le mécanisme unique créé par la loi adapte les concepts de droit privé et ne peut mener à une conclusion logique dans un contexte d’insolvabilité. Pour cette raison, il n’est pas étonnant que la *Loi sur la faillite*

how the deemed trust for unremitted source deductions should be treated.

[134] I now turn to that half of the equation: Parliament’s insolvency regime.

B. *How Is the Crown’s Deemed Trust for Unremitted Source Deductions Treated in Parliament’s Insolvency Regime?*

(1) Parliament’s Insolvency Regime

[135] There are three main statutes in Parliament’s insolvency regime: the *CCAA*, which is at issue in this appeal, the *BIA* and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (*WURA*). (The *WURA* covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, like insurance companies, and is not relevant to this appeal (s. 6(1); 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at para. 39)). In *Century Services*, Deschamps J., writing for the majority, described insolvency as

the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors’ enforcement actions and attempt to obtain a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor’s assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation. [para. 12]

[136] The *BIA* contains both a liquidation regime and a restructuring regime (*Century Services*, at paras. 13 and 78). The liquidation regime provides a detailed statutory scheme of distribution whereby the debtor’s assets are liquidated and distributed to creditors. In contrast, the restructuring regime allows

et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3 (*LFI*), et la *LACC* énoncent précisément la façon dont la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source non versées devrait être traitée.

[134] Je passe maintenant à cette autre moitié de l’équation : le régime d’insolvabilité du législateur.

B. *De quelle façon la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées est-elle traitée dans le régime d’insolvabilité du législateur?*

(1) Régime d’insolvabilité du législateur

[135] Le régime d’insolvabilité du législateur comporte trois lois principales : la *LACC*, qui est en cause dans le présent pourvoi, la *LFI* et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11 (*LLR*). (La *LLR* porte sur l’insolvabilité d’institutions financières et d’autres sociétés en particulier, telles les compagnies d’assurance, et elle n’est pas pertinente en l’espèce (par. 6(1); 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 39)). Dans l’arrêt *Century Services*, la juge Deschamps, se prononçant au nom de la majorité, a décrit l’insolvabilité ainsi :

. . . la situation de fait qui se présente quand un débiteur n’est pas en mesure de payer ses créanciers [. . .] Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d’insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire ayant pour effet de suspendre les mesures d’exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation. [par. 12]

[136] La *LFI* comporte à la fois un régime de liquidation et un régime de restructuration (*Century Services*, par. 13 et 78). Le régime de liquidation contient des dispositions législatives détaillées en matière de distribution selon lesquelles l’actif du débiteur est liquidé et le produit de la liquidation

debtors to make proposals to their creditors for the adjustment and reorganization of debt. The *BIA* is available to debtors, either natural or legal persons, owing \$1,000 or more (s. 43(1)).

[137] The *CCAA* is predominantly a restructuring statute and access is restricted to companies with liabilities in excess of \$5 million (s. 3(1)). As Deschamps J. explained in *Century Services*, the purpose of the *CCAA* is remedial; it provides a means for companies to avoid the devastating social and economic consequences of commercial bankruptcies (paras. 15 and 59, quoting *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), at p. 306, per Doherty J.A., dissenting). Liquidations do not only harm creditors, but employees and other stakeholders as well. The *CCAA* permits companies to continue to operate, “preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all” (*Century Services*, at para. 77). In enacting a restructuring statute, Parliament recognized that companies have more value as going concerns, especially since they are “key elements in a complex web of interdependent economic relationships” (para. 18).

[138] Due to its remedial nature, the *CCAA* is famously skeletal in nature (*Century Services*, at paras. 57-62). It does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (para. 57, quoting *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, per Blair J.A.). Under s. 11, for example, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances, subject to the restrictions set out in the Act. Section 11 has been described as “the engine that drives this broad and flexible statutory scheme” (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at para. 36; see also *9354-9186 Québec inc.*, at para. 48). Deschamps J. observed in *Century Services* that these discretionary grants of jurisdiction to the courts have been key in allowing the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary

est distribué aux créanciers. À l’inverse, le régime de restructuration permet au débiteur de présenter à ses créanciers des propositions de rajustement et de réorganisation des dettes. Les débiteurs — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI* (par. 43(1)).

[137] La *LACC* est avant tout une loi de restructuration, et seules les compagnies dont le passif dépasse cinq millions de dollars peuvent s’en prévaloir (par. 3(1)). Comme l’a expliqué la juge Deschamps dans l’arrêt *Century Services*, la *LACC* est de nature réparatrice; elle fournit aux compagnies un moyen d’éviter les effets dévastateurs, tant sur le plan social qu’économique, d’une faillite commerciale (par. 15 et 59, citant *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), p. 306, le juge Doherty, dissident). Les liquidations nuisent non seulement aux créanciers, mais aussi aux employés et aux autres intéressés. La *LACC* permet aux compagnies de continuer à exercer leurs activités et de « préserver le statu quo pendant qu’on tente de trouver un terrain d’entente entre les intéressés en vue d’une réorganisation qui soit juste pour tout le monde » (*Century Services*, par. 77). En édictant une loi de restructuration, le législateur a reconnu que la valeur des compagnies demeure plus grande lorsque celles-ci peuvent poursuivre leurs activités, surtout puisqu’elles constituent « des volets essentiels d’un réseau complexe de rapports économiques interdépendants » (par. 18).

[138] Étant donné son caractère réparateur, la *LACC* est notoirement schématique par nature (*Century Services*, par. 57-62). Elle ne « contient pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (par. 57, citant *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44, le juge Blair). En vertu de l’art. 11, par exemple, le tribunal peut rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée, sous réserve des restrictions prévues par la *LACC*. L’article 11 a été décrit comme étant [TRADUCTION] « le moteur de ce régime législatif large et souple » (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 36; voir aussi *9354-9186 Québec inc.*, par. 48). Dans l’arrêt *Century Services*, la juge Deschamps a fait observer que l’exercice discrétionnaire de ces pouvoirs par les tribunaux a permis à la *LACC*

business and social needs. Although judicial discretion must always be exercised in furtherance of the CCAA's remedial purpose, it takes many forms and has proven to be flexible, innovative, and necessary (paras. 58-61; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450, at para. 102).

[139] This is in contrast to the liquidation regime in the *BIA*, which has slightly different purposes. In *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, Gonthier J. explained that bankruptcy serves two goals: it “ensure[s] the equitable distribution of a bankrupt debtor’s assets among the estate’s creditors *inter se* [and it ensures] the financial rehabilitation of insolvent individuals” (para. 7; see also 9354-9186 *Québec inc.*, at para. 46). Similarly, Sarra and Houlden and Morawetz JJ. describe the purposes of the *BIA* as permitting both “an honest debtor, who has been unfortunate, to secure a discharge so that he or she can make a fresh start and resume his or her place in the business community” and “the orderly and fair distribution of the property of a bankrupt among his or her creditors on a *pari passu* basis” (*The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act* (2020), at p. 2).

[140] To realize its goals, the *BIA* is strictly rules-based and has a comprehensive scheme for the liquidation process (*Century Services*, at para. 13; *Husky Oil*, at para. 85). It “provide[s] an orderly mechanism for the distribution of a debtor’s assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules” (*Century Services*, at para. 15). The *BIA*’s comprehensive nature ensures, among other things, that there is a single proceeding in which creditors are placed on an equal footing and know their rights. It also ensures that, post-discharge, the bankrupt will have enough to live on and can have a fresh start (*Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, at para. 41). While proposals under the *BIA*’s restructuring regime similarly serve a remedial purpose, “this is achieved through

d’évoluer et de s’adapter aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Bien que l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal doive toujours tendre vers la réalisation de l’objectif réparateur de la *LACC*, il peut prendre plusieurs formes et il s’est avéré souple, novateur et nécessaire (par. 58-61; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450, par. 102).

[139] Ce régime contraste avec le régime de liquidation prévu par la *LFI*, dont les objectifs diffèrent légèrement. Dans *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, le juge Gonthier a expliqué que le régime de faillite a deux objectifs : il « assure un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers de l’actif [et il assure] la réhabilitation financière de la personne insolvable » (par. 7; voir aussi 9354-9186 *Québec inc.*, par. 46). Dans le même ordre d’idées, les juges Houlden et Morawetz de même que la professeure Sarra écrivent que la *LFI* vise à la fois à permettre [TRADUCTION] « à l’honnête débiteur, frappé de malchance, de se libérer de toute responsabilité afin de pouvoir prendre un nouveau départ et de réintégrer le milieu des affaires [ainsi qu’à permettre] une distribution ordonnée et équitable des biens du failli entre ses créanciers, *pari passu* » (*The 2020-2021 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (2020), p. 2).

[140] Pour réaliser ses objectifs, la *LFI* repose strictement sur des règles et elle établit un régime complet pour le processus de liquidation (*Century Services*, par. 13; *Husky Oil*, par. 85). Elle « peut être appliqué[e] pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies » (*Century Services*, par. 15). Le caractère exhaustif de la *LFI* garantit, entre autres choses, qu’il existe une procédure unique dans le cadre de laquelle les créanciers sont placés sur un pied d’égalité et connaissent leurs droits. Elle garantit également qu’après la libération, le failli disposera de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins et qu’il pourra prendre un nouveau départ (*Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, par. 41). Les propositions

a rules-based mechanism that offers less flexibility” (*Century Services*, at para. 15).

[141] Importantly, the specific goals of restructuring in the *CCAA*, in contrast to liquidation, result in the introduction of a key player: the interim lender. Interim financing, previously referred to as debtor-in-possession financing, is a judicially-supervised mechanism whereby an insolvent company is loaned funds for use during and for the purposes of the restructuring process. Before the 2009 amendments, there were no statutory provisions on interim financing in the *CCAA*, but the institution was well-established in the jurisprudence (L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. rev. (loose-leaf)), vol. 4, at N§93; see also *Century Services*, at para. 62). The 2009 amendments codified much of the existing jurisprudence, and I discuss the statutory provisions in detail below.

[142] Interim financing is crucial to the restructuring process. It allows the debtor to continue to operate on a day-to-day basis while a workout solution is being arranged. A plan of compromise would be futile if, in the interim six months, the debtor was forced to close its doors. For this reason, Farley J., in *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 1, quoting *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 24, observed that interim financing helps “keep the lights . . . on”. Similarly, in *Indalex*, Deschamps J. explained that giving interim lenders super-priority “is a key aspect of the debtor’s ability to attempt a workout” (para. 59, quoting J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), at p. 97). Without interim financing and the ability to prime (i.e., to give it priority) the interim lender’s loan, the remedial purposes of the *CCAA* can be frustrated (para. 58).

faites en vertu du régime de restructuration de la *LFI* répondent elles aussi à un objectif réparateur, « mais au moyen d’un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse » (*Century Services*, par. 15).

[141] Fait important, les objectifs de restructuration propres à la *LACC*, contrairement à la liquidation, permettent l’entrée en scène d’un acteur essentiel : le prêteur temporaire. Le financement temporaire, que l’on appelait auparavant le financement du débiteur-exploitant, est un mécanisme sous supervision judiciaire par lequel des fonds sont prêtés à une compagnie insolvable afin d’être utilisés au cours du processus de restructuration et pour les besoins de celui-ci. Avant les modifications de 2009, il n’existait pas de dispositions législatives sur le financement temporaire dans la *LACC*, mais le concept était bien établi dans la jurisprudence (L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. rév. (feuilles mobiles)), vol. 4, N§93; voir aussi *Century Services*, par. 62). Les modifications apportées en 2009 ont codifié l’essentiel de la jurisprudence existante, et j’examinerai les dispositions législatives en détail ci-dessous.

[142] Le financement temporaire est essentiel au processus de restructuration. Il permet au débiteur de continuer à exercer ses activités au quotidien pendant qu’un arrangement est mis en place. Un plan de transaction serait vain si, dans les six mois suivants, le débiteur était forcé de cesser ses activités. Pour cette raison, le juge Farley a fait observer dans *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 1, citant *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 24, que le financement temporaire aide à [TRADUCTION] « payer les frais courants ». De même, dans l’arrêt *Indalex*, la juge Deschamps a expliqué que le fait d’accorder une super priorité aux prêteurs temporaires constituait [TRADUCTION] « un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement » (par. 59, citant J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 97). Sans le financement temporaire et la capacité d’accorder la priorité au prêt du prêteur temporaire, la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC* pourrait être compromise (par. 58).

[143] With this background in mind, I turn now to consider the treatment of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions in Parliament’s insolvency regime.

(2) The Deemed Trust for Unremitted Source Deductions in the BIA and CCAA

[144] The statutes in this case are all federal statutes. The *ITA*, *BIA*, and *CCAA* make up a co-existing and harmonious statutory scheme, enacted by one level of government (see, e.g., R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 337, on the presumption of coherence). An example of this co-existence is when, in the insolvency regime, Parliament modifies entitlements that it otherwise grants the Crown outside of insolvency. For example, through s. 222(3) of the *ETA*, Parliament provides for a statutory deemed trust in favour of the Crown for unremitted GST. Parliament also renders that deemed trust, which is nearly identical in language to s. 227(4.1) of the *ITA*, ineffective in the *BIA* and *CCAA* (*BIA*, ss. 67(2) and 86(3); *CCAA*, s. 37(1); *Century Services*, at paras. 51-56). As I shall explain, Parliament also deals specifically with the deemed trust in s. 227(4.1) of the *ITA* in the *BIA* and *CCAA*, albeit in different ways.

[145] In the *BIA*, the deemed trust for unremitted source deductions appears in s. 67(3). Section 67 is under the heading “Property of the Bankrupt”. Section 67(1)(a) excludes property held in trust by the bankrupt from property of the bankrupt that is divisible among creditors. Section 67(2) provides that any provincial or federal deemed trust in favour of the Crown does not qualify as a trust under s. 67(1)(a) unless it would qualify as a trust absent the deeming provision (in other words, unless it would qualify as a common law or true trust) (see *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, at para. 15; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273, at paras. 32-33). Section 67(3) states that s. 67(2) does not apply in respect of the Crown’s deemed trust for unremitted

[143] Ayant ce contexte à l’esprit, je me pencherai maintenant sur le traitement de la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées dans le cadre du régime d’insolvabilité du législateur.

(2) La fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source non versées — LFI et LACC

[144] Les lois en cause dans la présente affaire sont toutes fédérales. La *LIR*, la *LFI* et la *LACC* coexistent au sein d’un régime législatif harmonieux, édicté par un seul ordre de gouvernement (voir, p. ex., R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 337, sur la présomption de cohérence). Cette coexistence se manifeste par exemple lorsque, dans le régime d’insolvabilité, le législateur modifie les droits qu’il accorde autrement à la Couronne en dehors de ce régime. Par exemple, au moyen du par. 222(3) de la *LTA*, le législateur prévoit la création d’une fiducie réputée en faveur de la Couronne à l’égard de la TPS non versée. Le législateur rend aussi cette fiducie réputée, qui est quasi identique à celle prévue au par. 227(4.1) de la *LIR*, inopérante sous les régimes de la *LFI* et de la *LACC* (*LFI*, par. 67(2) et 86(3); *LACC*, par. 37(1); *Century Services*, par. 51-56). Comme je l’expliquerai, dans la *LFI* et la *LACC*, le législateur traite aussi expressément de la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) de la *LIR*, quoique de manière différente.

[145] Dans la *LFI*, la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source non versées figure au par. 67(3). L’article 67 figure sous la rubrique « Biens du failli ». L’alinéa 67(1)a exclut du patrimoine attribué aux créanciers du failli les biens détenus par le failli en fiducie. Le paragraphe 67(2) prévoit que toute fiducie réputée créée en faveur de la Couronne en vertu d’une disposition législative fédérale ou provinciale ne peut être considérée comme une fiducie au sens de l’al. 67(1)a, si elle ne le serait pas en l’absence de la disposition législative en question (autrement dit, à moins qu’elle puisse être considérée comme une fiducie de common law ou une fiducie véritable) (voir *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, par. 15; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273,

source deductions under the *ITA*, *CPP* or *EIA*. Thus, while s. 67(2) provides in general terms an exception to s. 67(1)(a), that exception does not apply to the Crown's deemed trust for unremitted source deductions by virtue of s. 67(3).

[146] The result of this scheme is that the debtor's estate — to the extent of the unremitted source deductions — is not “property of a bankrupt divisible among his creditors” (*BIA*, s. 67(1)). For the purposes of the *BIA*'s liquidation regime, it is effectively the Crown's *property*. Together, ss. 67(1)(a) and 67(3) give content to the Crown's right of beneficial ownership under s. 227(4.1) of the *ITA*: the amount of the unremitted source deductions is taken out of the pool of money that is distributed to creditors in a *BIA* liquidation.

[147] In the *CCAA*, the Crown's deemed trust appears in ss. 37(2) and 6(3), alongside other deemed trusts and devices. Section 37(2) explicitly preserves the operation of s. 227(4.1) in *CCAA* proceedings:

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

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”), nor does it apply in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her

par. 32-33). Le paragraphe 67(3) mentionne que le par. 67(2) ne s'applique pas à la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées en vertu de la *LIR*, du *RPC* ou de la *LAE*. Par conséquent, même si le par. 67(2) prescrit en termes généraux une exception à l'al. 67(1)a, cette exception ne s'applique pas à la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées par application du par. 67(3).

[146] Il en résulte que le patrimoine du débiteur — jusqu'à concurrence du montant des retenues à la source non versées — ne fait pas partie des « biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers » (*LFI*, par. 67(1)). Pour les besoins du régime de liquidation prévu par la *LFI*, ce sont effectivement des *biens* de la Couronne. Ensemble, l'al. 67(1)a et le par. 67(3) déterminent la teneur du droit de bénéficiaire de la Couronne prévu au par. 227(4.1) de la *LIR* : le montant des retenues à la source non versées est soustrait des fonds qui sont distribués aux créanciers dans le cadre d'une liquidation sous le régime de la *LFI*.

[147] Dans la *LACC*, il est question de la fiducie réputée de la Couronne aux par. 37(2) et 6(3), qui traitent également d'autres fiducies réputées et d'autres mécanismes. Le paragraphe 37(2) protège explicitement l'application du par. 227(4.1) dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC* :

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

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but

Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province if

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a province providing a comprehensive pension plan as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a provincial pension plan as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

[148] Due to this language, the Court in *Century Services* variously described the s. 227(4.1) trust as “surviv[ing]”, “continu[ing]”, and “remain[ing] effective” in the *CCCA* (see paras. 38, 45, 49, 53 and 79). The Crown relies on these observations to argue that the deemed trust remains fully intact in the *CCAA*, conferring a proprietary right on the Crown that cannot be subordinated to any other party.

[149] In my view, the Crown’s submission over-extends the analysis in *Century Services*. The issue in that case was whether the deemed trust under s. 222(3) of the *ETA* for unremitted GST was effective in the *CCAA*. As mentioned, s. 222(3) is almost identical in wording to s. 227(4.1) of the *ITA*, providing that the deemed trust extends to property of the tax debtor equal in value to the amount of the unremitted GST and extends to property otherwise held by a secured creditor pursuant to a security interest.

d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) cette province est une *province instituant un régime général de pensions* au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un *régime provincial de pensions* au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier de la compagnie et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

[148] Compte tenu de ce libellé, la Cour, dans l’arrêt *Century Services*, a notamment dit des fiducies établies en application du par. 227(4.1) qu’elles « survivent » et qu’elles « continuent de s’appliquer » sous le régime de la *LACC* (voir les par. 38, 45, 49, 53 et 79). La Couronne s’appuie sur ces observations pour faire valoir que la fiducie réputée demeure parfaitement intacte sous le régime de la *LACC*, ce qui lui confère un droit propriétaire ne pouvant être subordonné à aucun autre droit.

[149] À mon avis, la prétention de la Couronne déborde l’analyse faite dans l’arrêt *Century Services*. Dans cette affaire, la question en litige était celle de savoir si la fiducie réputée créée en vertu du par. 222(3) de la *LTA* à l’égard de la TPS non versée s’appliquait sous le régime de la *LACC*. Comme je l’ai mentionné, le libellé du par. 222(3), quasi identique à celui du par. 227(4.1) de la *LIR*, prévoit que la fiducie réputée s’étend aux biens du débiteur fiscal jusqu’à concurrence du montant de la TPS

Section 222(3) of the *ETA* also provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada, except the *BIA*. Thus, under the *BIA*, the Crown priority for unremitted GST is lost. However, under the *CCAA*, s. 37(1) provides that statutory deemed trusts in favour of the Crown should not be regarded as trusts unless they would qualify as trusts absent the deeming language. The Court in *Century Services* grappled with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 37(1) (then s. 18.3(1)) of the *CCAA*.

[150] A majority of the Court reasoned that, through statutory interpretation, the apparent conflict could be resolved in favour of the *CCAA* (*Century Services*, at para. 44). Parliament had shown a tendency to move away from asserting Crown priority in insolvency. Under both the *BIA* and *CCAA*, it had enacted a general rule that deemed trusts in favour of the Crown are ineffective in insolvency. It had also explicitly carved out an exception to that general rule for unremitted source deductions. The logic of the *CCAA* suggested that only the deemed trust for unremitted source deductions survived (paras. 45-46).

[151] Thus, while the Court emphasized that the deemed trust in s. 227(4.1) “survives” in the *CCAA*, it did not comment on *how* it survives. This Court has never considered the scope of the deemed trust under the *CCAA*, especially in light of the purposes of the *CCAA* and the equivocal nature of the beneficial ownership conferred through the deeming provision. For this appeal, it is necessary to probe into ss. 37(2) and 6(3) to determine *how* the *CCAA* construes the Crown’s right to unremitted source deductions.

[152] To that end, although s. 37(2) of the *CCAA* is almost identical to s. 67(3) of the *BIA*, it does not have the same effect because it is not nested under

non versée et aux biens détenus, par ailleurs, par un créancier garanti en vertu d’une garantie. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* prévoit également que la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif fédéral, sauf la *LFI*. Par conséquent, sous le régime de la *LFI*, la priorité de la Couronne à l’égard de la TPS non versée n’existe plus. Cependant, sous le régime de la *LACC*, le par. 37(1) prévoit que les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne devraient pas être considérées comme des fiducies à moins qu’elles le soient en l’absence des dispositions déterminatives. Dans l’arrêt *Century Services*, la Cour s’est attaquée au conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 37(1) (alors le par. 18.3(1)) de la *LACC*.

[150] À la majorité, la Cour a estimé, par une interprétation législative, que le conflit apparent pouvait être résolu en faveur de la *LACC* (*Century Services*, par. 44). Le législateur avait tendance à ne pas faire valoir la priorité accordée à la Couronne en situation d’insolvabilité. À la fois dans la *LFI* et dans la *LACC*, il avait adopté une règle générale selon laquelle les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne ne s’appliquaient pas en situation d’insolvabilité. Il avait aussi explicitement établi une exception à cette règle générale pour les retenues à la source non versées. La logique de la *LACC* tendait à indiquer que seules les fiducies réputées visant les retenues à la source non versées continuaient de produire leurs effets (par. 45-46).

[151] Donc, si la Cour a souligné que la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) « survit » sous le régime de la *LACC*, elle n’a pas précisé *comment* elle survit. Notre Cour n’a jamais examiné la portée de la fiducie réputée sous le régime de la *LACC*, plus particulièrement à la lumière des objectifs de la *LACC* et de la nature équivoque du droit de bénéficiaire conféré au moyen de la disposition déterminative. Pour les besoins du présent pourvoi, il est nécessaire de se pencher sur les par. 37(2) et 6(3) pour déterminer *de quelle façon* la *LACC* interprète le droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées.

[152] À cette fin, bien que le par. 37(2) de la *LACC* soit quasi identique au par. 67(3) de la *LFI*, il n’a pas le même effet puisqu’il n’est pas subordonné à une

a provision like s. 67(1)(a). Section 37(2) of the *CCAA* carves out an exception to s. 37(1), which is different from s. 67(1)(a). While s. 67(1)(a) excludes trust property from property of the bankrupt divisible among creditors, s. 37(1) only provides that “property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision”. Unlike the *BIA*, the *CCAA* is silent on how trust property should be treated and silent on what constitutes property of the debtor in a restructuring context — indeed, there is no definition of property in the *CCAA* at all. This is in keeping with the *CCAA*’s comparatively skeletal nature.

[153] The result is that s. 37(2) provides that the Crown continues to beneficially own the debtor’s property equal in value to the unremitted source deductions; the unremitted source deductions “shall . . . be regarded as being held in trust for Her Majesty”. However, although this signals that, unlike deemed trusts captured by s. 37(1), the Crown’s deemed trust continues and confers a stronger right, s. 37(2) does not explain what to do with that right for the purposes of a *CCAA* proceeding. It does not, for example, provide that trust property should be put aside, as it would be in the *BIA* context. In keeping with the *CCAA*’s flexibility, s. 37(2) says little about what the Crown’s unique right of beneficial ownership under s. 227(4.1) of the *ITA* requires. But as I shall explain, s. 11 gives the court broad discretion to consider and give effect to the Crown’s interest recognized in s. 37(2).

[154] In addition, s. 6(3) of the *CCAA* gives specific effect to the Crown’s right under the deemed trust. Under that provision, the court cannot sanction a plan of compromise unless it pays the Crown in full for unremitted source deductions within six months of the plan’s sanction (assuming the Crown does not agree otherwise):

disposition comme l’al. 67(1)a). Le paragraphe 37(2) de la *LACC* établit une exception au par. 37(1), une disposition différente de l’al. 67(1)a). Alors que cet alinéa exclut les biens de la fiducie du patrimoine d’un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, le par. 37(1) prévoit seulement qu’« aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [un bien détenu en fiducie pour Sa Majesté] par le seul effet d’une telle disposition ». Contrairement à la *LFI*, la *LACC* est muette à propos de la façon dont les biens de la fiducie devraient être traités de même qu’au sujet de ce qui fait partie des biens du débiteur dans un contexte de restructuration. En effet, la *LACC* ne contient aucune définition du terme « bien », ce qui est conforme à sa nature plutôt schématique.

[153] Ainsi, le par. 37(2) prévoit que la Couronne conserve un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées, lesquelles sont « assimil[ées] [. . .] à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté ». Toutefois, bien que cela indique que, contrairement aux fiducies réputées visées par le par. 37(1), la fiducie réputée de la Couronne est maintenue et confère un droit plus fort, le par. 37(2) n’explique pas quoi faire de ce droit dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la *LACC*. Il ne prévoit pas, par exemple, que les biens de la fiducie devraient être écartés, comme ce serait le cas dans le contexte de la *LFI*. Conformément à la souplesse qui caractérise la *LACC*, le par. 37(2) est peu loquace quant à ce que requiert le droit de bénéficiaire unique que confère à la Couronne le par. 227(4.1) de la *LIR*. Mais comme je vais l’expliquer, l’art. 11 confère au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire pour examiner l’intérêt reconnu à la Couronne par le par. 37(2) et lui donner effet.

[154] En outre, le par. 6(3) de la *LACC* donne explicitement effet au droit que possède la Couronne en vertu de la fiducie réputée. Aux termes de cette disposition, le tribunal ne peut homologuer un plan de transaction qui ne prévoit pas le paiement intégral à la Couronne des retenues à la source non versées dans les six mois suivant l’homologation (à supposer que la Couronne n’en ait pas convenu autrement) :

(3) Unless Her Majesty agrees otherwise, the court may sanction a compromise or arrangement only if the compromise or arrangement provides for the payment in full to Her Majesty in right of Canada or a province, within six months after court sanction of the compromise or arrangement, of all amounts that were outstanding at the time of the application for an order under section 11 or 11.02 and that are of a kind that could be subject to a demand under

(a) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*

[155] Pursuant to s. 6(3), then, the Crown’s right under s. 227(4.1) includes a right *not to have to compromise*. The Crown can demand to be paid in full under the plan “in priority to all . . . security interests”. The right is therefore different in kind than a security interest. While there may be some risk to the Crown that the plan may fail, and the Crown may not be paid in full if the restructuring dissolves into liquidation and the estate is depleted in the interim, the *CCAA* recognizes that there is societal value in helping a company remain a going concern. This remedial goal is at the forefront of providing flexibility in preserving the Crown’s right to unremitted source deductions in s. 37(2), and in giving a concrete effect to that right in s. 6(3) of the *CCAA*.

[156] In my view, the reason for this difference between the *BIA* and *CCAA* is straightforward. The purpose of a *BIA* liquidation is to give the debtor a fresh start and pay out creditors to the extent possible. The debtor’s property has to be divided according to the statute’s rigid priority scheme. To begin the process of distribution, it is necessary to pool together the debtor’s funds and determine what is, and is not, available for creditors. A comprehensive definition of property of the debtor is necessary, and no flexibility is needed in the regime to facilitate the liquidation process. There is also no other overarching goal, like facilitating the debtor’s restructuring, that requires an institution like interim financing or requires modifying entitlements.

(3) Le tribunal ne peut, sans le consentement de Sa Majesté, homologuer la transaction ou l’arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province, dans les six mois suivant l’homologation, de toutes les sommes qui étaient dues lors de la demande d’ordonnance visée aux articles 11 ou 11.02 et qui pourraient, de par leur nature, faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

a) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*

[155] Donc, selon le par. 6(3), le droit que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) inclut le droit de *ne pas avoir à transiger*. La Couronne peut exiger que le plan prévoit le paiement intégral de sa créance « par priorité sur [les] garantie[s] ». Ce droit diffère donc d’une garantie par sa nature. Il y a peut-être un risque que le plan échoue et que la Couronne ne soit pas payée intégralement si la restructuration se solde par une liquidation et que le patrimoine a été épuisé en cours de route, mais la *LACC* reconnaît qu’il est bénéfique pour la société d’aider une compagnie à poursuivre ses activités. Cet objectif réparateur joue un rôle de premier plan lorsqu’il s’agit de prévoir la souplesse nécessaire pour protéger le droit que le par. 37(2) confère à la Couronne sur les retenues à la source non versées et pour donner concrètement effet à ce droit au par. 6(3) de la *LACC*.

[156] À mon avis, la raison de cette différence entre la *LFI* et la *LACC* est simple. L’objectif d’une liquidation sous le régime de la *LFI* est de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ et de rembourser ses créanciers dans la mesure du possible. Les biens du débiteur doivent être répartis en fonction de l’ordre de priorité strict établi par la loi. Pour commencer le processus de répartition, il est nécessaire de regrouper les fonds du débiteur et de déterminer ce qui peut, ou ne peut pas, être attribué aux créanciers. Une énumération complète des biens du débiteur est nécessaire, et aucune souplesse n’est requise dans le régime pour faciliter le processus de liquidation. Il n’y a pas non plus d’autre objectif général — comme faciliter la restructuration des activités du débiteur — qui nécessite, par exemple, un financement temporaire ou une modification des droits.

[157] In a restructuring proceeding under the CCAA, however, there is no rigid formula for the division of assets. Certain debt might be restructured; other debt might be paid out. When a debtor's restructuring is on the table, the goal pivots, and interim financing is introduced to facilitate the restructuring. Entitlements and priorities shift to accommodate the presence of the interim lender — a new and necessary player who is absent from the liquidation scene.

[158] The fact that the Crown's right under s. 227(4.1) of the *ITA* is treated differently between the two statutes is therefore consistent with the different schemes and purposes of the Acts. This is not a circumstance where Parliament attempted to harmonize entitlements across the regimes (see, e.g., *Indalex*, at para. 51, per Deschamps J.). The CCAA gives the deemed trust meaning for its purposes. The concrete meaning given is that a plan of compromise must pay the Crown in full within six months of approval.

C. *Do Sections 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA Permit the Court to Rank Priming Charges Ahead of the Crown's Deemed Trust for Unremitted Source Deductions?*

[159] In this case, the Initial Order subordinated the Crown's deemed trust to the Priming Charges. The courts below found that this authority is derived from ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA, which allow the court to order priming charges over a company's property in favour of interim lenders, directors and officers, and estate administrators. Priming charges can rank ahead of any other secured claim. For example, the relevant portions of s. 11.2, which are substantially similar to the relevant portions of ss. 11.51 and 11.52, read as follows:

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

[157] Cependant, dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC*, il n'existe pas de formule stricte de répartition des actifs. Certaines dettes peuvent être restructurées, d'autres peuvent être remboursées. Lorsqu'il est question de restructurer les affaires d'un débiteur, l'objectif change, et le financement temporaire est introduit pour faciliter la restructuration. Les droits et les priorités changent du fait de l'entrée en scène d'un acteur essentiel, le prêteur temporaire, lequel ne joue aucun rôle dans la liquidation.

[158] Le fait que les deux lois traitent différemment le droit que confère à la Couronne le par. 227(4.1) de la *LIR* est donc conforme aux régimes et aux objectifs différents de celles-ci. Il ne s'agit pas d'un cas où le législateur a tenté d'harmoniser les droits conférés par les différents régimes (voir, p. ex., *Indalex*, par. 51, la juge Deschamps). La *LACC* donne à la fiducie réputée le sens qui convient à ses fins. Le sens concret donné est qu'un plan de transaction doit prévoir le paiement intégral des sommes dues à la Couronne dans les six mois suivant l'homologation du plan.

C. *Les articles 11.2, 11.51 et 11.52 de la LACC confèrent-ils au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées?*

[159] En l'espèce, l'ordonnance initiale subordonnait la fiducie réputée de la Couronne aux charges super prioritaires. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que ce pouvoir découlait des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*, aux termes desquels un tribunal peut, par ordonnance, déclarer que les biens d'une compagnie sont grevés de charges super prioritaires en faveur de prêteurs temporaires, de dirigeants et d'administrateurs, et d'administrateurs de patrimoine. Les charges super prioritaires peuvent avoir préséance sur toute réclamation garantie. Par exemple, les passages pertinents de l'art. 11.2, qui sont à peu près semblables aux passages pertinents des art. 11.51 et 11.52, sont ainsi rédigés :

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

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.

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

[160] As priming charges can “rank in priority over the claim of any secured creditor”, the definition of “secured creditor” in s. 2(1) is key:

secured creditor means a holder of a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, all or any property of a debtor company as security for indebtedness of the debtor company, or a holder of any bond of a debtor company secured by a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, or a trust in respect of, all or any property of the debtor company, whether the holder or beneficiary is resident or domiciled within or outside Canada, and a trustee under any trust deed or other instrument securing any of those bonds shall be deemed to be a secured creditor for all purposes of this Act except for the purpose of voting at a creditors' meeting in respect of any of those bonds . . .

[161] The Respondents submit, in line with the courts below, that the Crown is a “secured creditor” under the CCAA in respect of its interest in unremitted source deductions because the enabling statute, the ITA, itself defines the holder of a deemed trust as holding a “security interest” (see *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274). The Respondents also rely on the analogy in *First Vancouver* likening the Crown's deemed trust to a floating charge (which is a security interest). Accordingly, the Respondents argue that ss. 11.2, 11.51 and 11.52 give the court authority to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust.

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.

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

[160] Comme les charges super prioritaires peuvent avoir « priorité sur toute réclamation des créanciers garantis », la définition de « créancier garanti » au par. 2(1) est primordiale :

créancier garanti Détenteur d'hypothèque, de gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens d'une compagnie débitrice, ou tout transport, cession ou transfert de la totalité ou d'une partie de ces biens, à titre de garantie d'une dette de la compagnie débitrice, ou un détenteur de quelque obligation d'une compagnie débitrice garantie par hypothèque, gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens de la compagnie débitrice, ou un transport, une cession ou un transfert de tout ou partie de ces biens, ou une fiducie à leur égard, que ce détenteur ou bénéficiaire réside ou soit domicilié au Canada ou à l'étranger. Un fiduciaire en vertu de tout acte de fiducie ou autre instrument garantissant ces obligations est réputé un créancier garanti pour toutes les fins de la présente loi sauf la votation à une assemblée de créanciers relativement à ces obligations...

[161] Les intimées soutiennent, à l'instar des tribunaux d'instance inférieure, que la Couronne est un « créancier garanti » au sens de la LACC à l'égard de son intérêt sur les retenues à la source non versées puisque la loi habilitante, la LIR, dit elle-même que le détenteur d'une fiducie réputée détient une « garantie » (voir *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274). En outre, les intimées s'appuient sur l'analogie faite dans l'arrêt *First Vancouver*, où la fiducie réputée de la Couronne est assimilée à une charge flottante (qui constitue une garantie). Les intimées affirment donc que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 confèrent au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée de la Couronne.

[162] The Crown, like the dissent at the Court of Appeal, argues that the Crown is not a “secured creditor” because the definition of “secured creditor” in the *CCAA* does not list the holder of a deemed trust and because ss. 37 to 39 of the *CCAA* clearly draw a distinction between the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions, on the one hand, and the Crown’s secured and unsecured claims on the other. Accordingly, the Crown argues that ss. 11.2, 11.51 and 11.52 do *not* give the court authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust.

[163] As I shall detail, I conclude that ss. 11.2, 11.51 and 11.52 do not give the court the authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions.

[164] First, I agree with the Respondents that the general definition of security interest under the *ITA* includes the holder of a deemed or actual trust (s. 224(1.3)). However the reference to security interest in s. 227(4.1) is not to the Crown’s interest but to others’ interest in the debtor’s property. In my view, any definition of security interest in the *ITA* is not relevant to defining the Crown’s interest since it serves an entirely different purpose. What matters is whether the *CCAA* provisions give the court authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions. This is determined by interpreting the words of the *CCAA* and how the *CCAA* defines secured creditor.

[165] I also agree with the Crown that the definition of “secured creditor” in the *CCAA* does not specifically list the holder of a deemed or actual trust. In addition, the Crown’s interest cannot simply be called a “charge”. As explained above, although the Crown’s deemed trust has some parallels with a floating charge, the provision also employs some

[162] La Couronne, à l’instar du juge dissident de la Cour d’appel, soutient qu’elle n’est pas un « créancier garanti » étant donné que la définition de ce terme contenue dans la *LACC* ne fait pas mention du détenteur d’une fiducie réputée et que les art. 37 à 39 de la *LACC* établissent clairement une distinction entre la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées, d’une part, et les réclamations garanties et non garanties de la Couronne, d’autre part. Par conséquent, la Couronne affirme que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 *ne* confèrent *pas* au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée de la Couronne.

[163] Comme je l’explique en détail ci-dessous, je conclus que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 ne confèrent pas au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées.

[164] En premier lieu, je conviens avec les intimées que la définition générale du terme « garantie » contenue dans la *LIR* comprend le détenteur d’une fiducie réputée ou réelle (par. 224(1.3)). Cependant, le renvoi à une garantie fait au par. 227(4.1) ne concerne pas l’intérêt de la Couronne, mais plutôt l’intérêt d’autres parties à l’égard des biens du débiteur. À mon avis, aucune des définitions du terme « garantie » contenues dans la *LIR* n’est pertinente pour définir l’intérêt de la Couronne puisqu’elles servent un objectif tout à fait différent. L’important est de savoir si les dispositions de la *LACC* confèrent au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées. On peut répondre à cette question en interprétant le libellé de la *LACC* et la façon dont la *LACC* définit créancier garanti.

[165] En deuxième lieu, je conviens avec la Couronne que la définition de « créancier garanti » contenue dans la *LACC* ne mentionne pas explicitement le détenteur d’une fiducie réputée ou réelle. En outre, l’intérêt de la Couronne ne peut pas simplement être qualifié de « charge ». Comme je l’ai expliqué précédemment, bien que la fiducie réputée

aspects of beneficial ownership. I would also hesitate to draw analogies with any of the other terms listed in the *CCAA* definition. The holders of several of these instruments are often described as having proprietary rights in their security. It was a legislative choice to define them as secured creditors for the purposes of the *CCAA*. It is difficult to shoehorn the Crown's deemed trust into the definition of "secured creditor" in the *CCAA*, particularly as the *CCAA* specifically refers to the deemed trust in s. 37(2).

[166] Moreover, I agree with the Crown that ss. 37 to 39 of the *CCAA* treat the Crown's deemed trust and the Crown's secured claims as distinct interests. After s. 37 of the *CCAA*, dealing with deemed trusts, s. 38(1) provides a general rule that secured claims of the Crown rank as unsecured claims. Section 38(2) contains an exemption from s. 38(1) for consensual security interests that are granted to the Crown. Section 38(3) contains an exemption for the CRA's enhanced requirement to pay. Finally, s. 39(1) preserves the Crown's secured creditor status if it registers before the commencement of a *CCAA* proceeding, and s. 39(2) subordinates a Crown security or charge to prior perfected security interests.

[167] As Wood notes, "[t]hese provisions adopt two distinct approaches — one that applies to a deemed trust, the other that applies when a statute gives the Crown the status of a secured creditor" (Wood (2020), at p. 96). If s. 227(4.1) of the *ITA* gave the Crown the status of a secured creditor, then the CRA would presumably need to comply with ss. 38 and 39 by registering its security interest. No one suggests that the Crown has to register its claim for unremitted source deductions. In my view, ss. 37 to 39 draw a distinction between deemed trusts on the one hand and secured and unsecured claims on the other, and the Crown is not, therefore, a "secured

de la Couronne ait des points communs avec une charge flottante, la disposition renvoie aussi à certains aspects du droit de bénéficiaire. J'hésiterais à établir des analogies avec les autres termes énoncés dans la définition contenue dans la *LACC*. Les détenteurs de plusieurs de ces instruments sont souvent décrits comme détenant un droit propriétaire sur leur garantie. La décision de les assimiler à des créanciers garantis pour l'application de la *LACC* était celle du législateur. Il est difficile de faire cadrer la fiducie réputée de la Couronne dans la définition de « créancier garanti » contenue dans la *LACC*, d'autant plus que la *LACC* fait précisément mention de la fiducie réputée au par. 37(2).

[166] Enfin, je conviens avec la Couronne que les art. 37 à 39 de la *LACC* traitent la fiducie réputée de la Couronne et les réclamations garanties de la Couronne comme des intérêts distincts. Après l'art. 37 de la *LACC*, qui porte sur les fiducies réputées, le par. 38(1) prévoit une règle générale selon laquelle les réclamations garanties de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties. Le paragraphe 38(2) soustrait à l'application du par. 38(1) les garanties consensuelles accordées à la Couronne. Le paragraphe 38(3) prévoit une exception pour les demandes péremptoires de paiement renforcées de l'ARC. Enfin, le par. 39(1) protège les réclamations garanties de la Couronne si elles ont été enregistrées avant l'introduction d'une procédure intentée sous le régime de la *LACC*, et le par. 39(2) subordonne une garantie ou une charge de la Couronne aux garanties parfaites antérieures.

[167] Comme le fait remarquer Wood, [TRADUCTION] « [c]es dispositions adoptent deux approches différentes — l'une s'applique à la fiducie réputée, l'autre s'applique lorsqu'une loi donne à la Couronne le statut de créancier garanti » (Wood (2020), p. 96). Si le par. 227(4.1) de la *LIR* donnait à la Couronne le statut de créancier garanti, l'ARC devrait vraisemblablement se conformer aux art. 38 et 39 en enregistrant sa garantie. Personne ne laisse entendre que la Couronne doit enregistrer sa réclamation à l'égard des retenues à la source non versées. À mon avis, les art. 37 à 39 établissent une distinction entre les fiducies réputées, d'une part, et les réclamations

creditor” under the *CCAA* for its right to unremitted source deductions.

[168] This is dispositive for the purposes of ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA*. These sections do not give the court the authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions.

D. *Does Section 11 of the CCAA Allow the Court to Rank Priming Charges Ahead of the Crown’s Deemed Trust for Unremitted Source Deductions?*

[169] The remaining issue is whether another provision in the *CCAA*, namely s. 11, confers that jurisdiction. As noted above, s. 11 allows the court to make any order that it considers appropriate in the circumstances, subject to the restrictions set out in the Act:

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.

[170] In *9354-9186 Québec inc.*, this Court explained that the discretionary authority in s. 11 is broad, but not boundless (para. 49). There are three “baseline considerations”: (1) the order sought must be appropriate; (2) the applicant must be acting in good faith; and (3) the applicant must demonstrate due diligence (*Century Services*, at para. 70; *9354-9186 Québec inc.*, at para. 49). Appropriateness is assessed by inquiring whether the order sought advances the remedial objectives of the *CCAA*. The general language of s. 11 should not, however, be “restricted by the availability of more specific orders” (*Century Services*, at para. 70).

garanties et non garanties, d’autre part. La Couronne n’est donc pas un « créancier garanti » au sens de la *LACC* pour ce qui est de son droit sur les retenues à la source non versées.

[168] Cela est décisif pour l’application des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*. Ces articles ne confèrent pas au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées.

D. *L’article 11 de la LACC confère-t-il au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées?*

[169] Il reste à décider si une autre disposition de la *LACC*, à savoir l’art. 11, confère ce pouvoir. Comme je l’ai mentionné plus haut, l’art. 11 permet au tribunal de rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée, sous réserve des restrictions prévues par la loi :

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.

[170] Dans l’arrêt *9354-9186 Québec inc.*, notre Cour a expliqué que le pouvoir discrétionnaire prévu à l’art. 11 est vaste, mais non sans limites (par. 49). Il y a trois « considérations de base » qu’il faut garder à l’esprit : (1) l’ordonnance demandée doit être indiquée; (2) le demandeur doit agir de bonne foi; (3) le demandeur doit faire preuve de la diligence voulue (*Century Services*, par. 70; *9354-9186 Québec inc.*, par. 49). L’opportunité de l’ordonnance demandée est évaluée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. Cependant, « [l]a possibilité [. . .] de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre » la portée des termes généraux utilisés à l’art. 11 (*Century Services*, par. 70).

[171] In keeping with its broad language, s. 11 of the *CCAA* has been used to make a wide array of orders. Most recently, for example, this Court clarified that it can be used to bar a creditor from voting on a plan where the creditor has acted for an improper purpose (*9354-9186 Québec inc.*, at paras. 56 and 66).

[172] The issue in this case is whether s. 11 can be used to rank an interim lender's loan, or other priming charge, ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions. In my view, it can, for two reasons.

[173] First, given my conclusion about the content of the Crown's right under s. 227(4.1) of the *ITA* for the purposes of the *CCAA* (requiring that it at least be paid in full under a plan of compromise), ranking a priming charge ahead of the Crown's deemed trust does not conflict with the *ITA* provision. So long as the Crown is paid in full under a plan of compromise, the Crown's right under s. 227(4.1) remains intact "notwithstanding any security interest" in the amount of the unremitted source deductions. For this reason, it is irrelevant whether a priming charge under ss. 11, 11.2, 11.51 or 11.52 of the *CCAA* is a "security interest" within the meaning of s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*. The analysis above does not depend on finding that a priming charge is not captured within the *ITA* definition.

[174] In addition, depending on the circumstances, such an order may further the remedial objectives of the *CCAA*. For example, interim financing is often crucial to the restructuring process. If there is evidence that interim lending cannot be obtained without ranking the interim loan ahead of the Crown's deemed trust, such an order could, again depending on the circumstances, further the remedial objectives of the *CCAA*. In general, the court should have flexibility to order super-priority charges in favour of parties whose function is to facilitate the proposal

[171] Conformément à la portée large de son libellé, l'art. 11 de la *LACC* a été utilisé pour rendre un vaste éventail d'ordonnances. Plus récemment, par exemple, notre Cour a précisé qu'il pouvait être utilisé pour empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement lorsqu'il agit dans un but illégitime (*9354-9186 Québec inc.*, par. 56 et 66).

[172] En l'espèce, la question est de savoir si l'art. 11 peut être utilisé pour faire passer le prêt d'un prêteur temporaire, ou toute autre charge super prioritaire, devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées. À mon avis, il peut l'être, et ce, pour deux raisons.

[173] Premièrement, étant donné ma conclusion quant à la teneur du droit que confère le par. 227(4.1) de la *LIR* à la Couronne pour l'application de la *LACC* (le droit d'exiger que le plan de transaction prévoie à tout le moins le paiement intégral des sommes dues), le fait de faire passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée de la Couronne n'entre pas en conflit avec la disposition de la *LIR*. Dès lors que les sommes qui lui sont dues lui sont payées intégralement dans le cadre d'un plan de transaction, le droit que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) demeure intact « malgré toute autre garantie » sur le montant des retenues à la source non versées. Pour cette raison, il importe peu de savoir si une charge super prioritaire constituée en vertu des art. 11, 11.2, 11.51 ou 11.52 de la *LACC* est une « garantie » au sens des par. 227(4) et (4.1) de la *LIR*. L'analyse qui précède n'est pas tributaire de la conclusion selon laquelle une charge super prioritaire n'est pas visée par la définition contenue dans la *LIR*.

[174] En outre, selon les circonstances, une telle ordonnance peut favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. Par exemple, le financement temporaire est souvent crucial pour le processus de restructuration. S'il est démontré que le financement temporaire ne peut être obtenu sans que le prêt temporaire prenne rang devant la fiducie réputée de la Couronne, pareille ordonnance pourrait, là encore selon les circonstances, favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. En général, les tribunaux devraient disposer de la latitude nécessaire

of a plan of compromise that, in any event, will be required to pay the Crown in full.

[175] Second, I do not accept the Crown’s argument that s. 11 is unavailable because other *CCAA* provisions, namely ss. 11.2, 11.51 and 11.52, confer more specific jurisdiction (see *9354-9186 Québec inc.*, at paras. 67-68).

[176] 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. An order that ranks a priming charge ahead of the beneficiary of the deemed trust is different in kind than the orders contemplated by ss. 11.2, 11.51 and 11.52, which contemplate the subordination of secured creditors. There is no provision in the *CCAA* stipulating what the court can do with trust property and no provision in the *CCAA* conferring more specific jurisdiction on whether a priming charge can rank ahead of the beneficiary of a deemed trust. So long as the order does not conflict with other provisions in the Act, namely ss. 37(2) and 6(3), and so long as it fulfills the “baseline considerations” of appropriateness, good faith, and due diligence, an order ranking a priming charge ahead of the Crown’s deemed trust would fall under the jurisdiction conferred by s. 11 (*Century Services*, at para. 70; *9354-9186 Québec inc.*, at para. 49). As explained above, there would be no conflict with ss. 37(2) and 6(3) of the *CCAA*.

pour ordonner des charges super prioritaires en faveur des parties dont la fonction est de faciliter la proposition d’un plan de transaction qui, dans tous les cas, devra prévoir le paiement intégral des sommes dues à la Couronne.

[175] Deuxièmement, je n’accepte pas l’argument de la Couronne selon lequel il est impossible de recourir à l’art. 11 parce que d’autres dispositions de la *LACC*, à savoir les art. 11.2, 11.51 et 11.52, confèrent plus précisément compétence (voir *9354-9186 Québec inc.*, par. 67-68).

[176] Bien que je convienne que la portée de l’art. 11 soit limitée par les dispositions énoncées dans la *LACC* et que cet article ne puisse être utilisé en contravention d’autres dispositions précises de cette loi, « [I]a possibilité [. . .] de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre » la portée de l’art. 11. Le fait que des dispositions précises de la *LACC* permettent au tribunal de faire passer des charges super prioritaires devant les réclamations des créanciers garantis ne signifie pas que le tribunal peut *seulement* faire passer des charges super prioritaires devant les réclamations des créanciers garantis. Une telle interprétation reviendrait à ajouter aux art. 11.2, 11.51 et 11.52 des mots qui n’existent pas. Une ordonnance accordant à une charge super prioritaire la préséance sur le bénéficiaire de la fiducie réputée est, par sa nature, différente des ordonnances visées par les art. 11.2, 11.51 et 11.52, qui prévoient la subordination des réclamations des créanciers garantis. Aucune disposition de la *LACC* n’indique ce que le tribunal peut faire avec les biens de la fiducie et aucune disposition de la *LACC* ne confère plus précisément compétence pour décider si une charge super prioritaire peut prendre rang devant le bénéficiaire de la fiducie réputée. Tant qu’elle n’entre pas en conflit avec d’autres dispositions de la *LACC*, à savoir les par. 37(2) et 6(3), et tant qu’elle respecte les « considérations de base » que sont l’opportunité, la bonne foi et la diligence voulue, une ordonnance faisant passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée de la Couronne relèverait du pouvoir conféré par l’art. 11 (*Century Services*, par. 70; *9354-9186 Québec inc.*, par. 49). Comme je l’ai expliqué précédemment, il n’y aurait aucun conflit avec les par. 37(2) et 6(3) de la *LACC*.

[177] Both parties invoked policy concerns to assist in the interpretative exercise. I do not find it necessary to resort to such arguments. However, it is far from evident that interim lending would simply end if the Crown's deemed trust had super-priority in an appropriate case. It is also far from evident that the Crown would suffer significantly if the priming charges had super-priority in an appropriate case, given the existence of s. 6(3) of the *CCAA* requiring full payment, and the Crown's favourable treatment in the *BIA* liquidation regime in the event the restructuring failed. What is clear is that interim lending is crucial to the restructuring process, and the Crown's deemed trust for unremitted source deductions is crucial to tax collection. It will be up to the *CCAA* judge to weigh and balance the moving pieces.

[178] To that end, s. 11 of the *CCAA* gives the court discretion and flexibility to weigh several considerations in ranking a priming charge ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions. It requires the court to take a focused look at the specific facts of a case to determine whether such an order is necessary and appropriate. Where relevant, the court will consider the Crown's interest in the deemed trust as a result of s. 37(2). Courts may no doubt look to the factors already listed in s. 11.2(4) — the likely duration of *CCAA* proceedings, plans for managing the company during those proceedings, views of the company's major creditors and the monitor, and the company's ability to benefit from interim financing, among others — for guidance. Section 11.2(4) of the *CCAA* states:

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

[177] Les deux parties ont invoqué des considérations de politique pour faciliter l'exercice d'interprétation. Je n'estime pas nécessaire de recourir à de tels arguments. Cependant, il est loin d'être évident que le financement temporaire prendrait tout simplement fin si une super priorité était accordée à la fiducie réputée de la Couronne dans une affaire qui s'y prête. Il est également loin d'être évident que la Couronne subirait un préjudice important si la présence était accordée aux charges super prioritaires dans une affaire donnée, compte tenu de l'existence du par. 6(3) de la *LACC* exigeant le paiement intégral des sommes dues et du traitement favorable de la Couronne dans le régime de liquidation de la *LFI* en cas d'échec de la restructuration. Chose certaine, le financement temporaire est crucial pour le processus de restructuration, et la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées est cruciale pour le recouvrement des créances fiscales. Il reviendra au juge chargé d'appliquer la *LACC* de soupeser et de pondérer les différents facteurs.

[178] À cette fin, l'art. 11 de la *LACC* donne au tribunal le pouvoir discrétionnaire et la latitude nécessaires pour soupeser les diverses considérations pour se prononcer sur l'opportunité de faire passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées. Le tribunal doit examiner attentivement les faits propres à l'affaire pour décider si une telle ordonnance est nécessaire et appropriée. Le cas échéant, le tribunal tient compte de l'intérêt que possède la Couronne dans la fiducie réputée en raison du par. 37(2). Pour ce faire, le tribunal peut sans aucun doute s'appuyer, entre autres, sur les facteurs déjà énoncés au par. 11.2(4) — la durée probable des procédures intentées sous le régime de la *LACC*, les plans d'administration de la compagnie au cours de ces procédures, les opinions des créanciers les plus importants de la compagnie et du contrôleur et la capacité de la compagnie d'obtenir un financement temporaire. Le paragraphe 11.2(4) de la *LACC* dispose :

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

(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.

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).

[179] In addition, it seems to me that courts may consider:

- whether the interim lender has indicated, in good faith, that it will not lend to the debtor without ranking ahead of the Crown's deemed trust;
- the relative amounts of the interim loan and the unremitted source deductions (if the amount of the unremitted source deductions is a small fraction of the amount of the interim loan, the interim lender may not be significantly prejudiced without super-priority);
- whether, and for how long, the Crown allowed source deductions to go unremitted without taking action (see, e.g., *Hanlon, Tickle and Csiszar*); and
- finally, the prospects of success of a restructuring; and whether the *CCAA* is likely to be used to sell the debtor's assets.

[180] Finally, different considerations will apply if a court is considering ranking a different party's

[179] De plus, je suis d'avis que le tribunal peut également tenir compte de ce qui suit :

- la question de savoir si le prêteur temporaire a indiqué, de bonne foi, qu'il n'accordera pas de prêt au débiteur à moins que ce prêt prenne rang devant la fiducie réputée de la Couronne;
- les montants relatifs du prêt temporaire et des retenues à la source non versées (si le montant des retenues à la source non versées ne représente qu'une petite fraction du montant du prêt temporaire, le prêteur temporaire ne subirait pas nécessairement de préjudice important si une super priorité ne lui était pas accordée);
- la question de savoir si, et pendant combien de temps, la Couronne a permis le non-versement des retenues à la source sans prendre de mesures (voir, p. ex., *Hanlon, Tickle et Csiszar*);
- enfin, les probabilités de succès d'une restructuration et la question de savoir si la *LACC* est susceptible d'être invoquée pour liquider les actifs du débiteur.

[180] Enfin, différentes considérations entreront en jeu si un tribunal envisage de faire passer la charge

charge, like the Monitor's or Directors' Charge, ahead of the Crown's deemed trust.

VII. Conclusion

[181] I would dismiss the appeal and clarify that the authority to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions is derived from s. 11 of the *CCAA* rather than ss. 11.2, 11.51 and 11.52. The Crown's interest under s. 227(4.1) of the *ITA* is a deemed trust interest, but beneficial ownership of deemed trust property is a manipulation of private law concepts, without settled meaning. Accordingly, the specific nature of beneficial ownership of deemed trust property must be determined in the relevant context in which it is asserted. Here, the Crown's right to unremitted source deductions in a *CCAA* restructuring is protected by both ss. 37(2) and 6(3). The former is flexible, requiring the Crown's deemed trust property to be considered when appropriate under the Act; the latter specifically requires that a plan of compromise provide for payment in full of the Crown's deemed trust claims within six months of the plan's approval. The Crown's right differs under the *BIA*, in keeping with the different goals and schemes of liquidation and restructuring. Given the content of the Crown's right to unremitted source deductions in a *CCAA* restructuring, there is no conflict between s. 227(4.1) of the *ITA* and s. 11 of the *CCAA*. The schemes of both federal Acts can be harmonized and the objectives of both statutes furthered.

[182] The Respondents will have their costs in accordance with the tariff of fees and disbursements set out in Schedule B of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

d'une autre partie, comme la charge du contrôleur ou des dirigeants, devant la fiducie réputée de la Couronne.

VII. Conclusion

[181] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et je précise que le pouvoir de faire passer des charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées découle de l'art. 11 de la *LACC* plutôt que des art. 11.2, 11.51 et 11.52. L'intérêt de la Couronne au titre du par. 227(4.1) de la *LIR* est une fiducie réputée, mais le droit de bénéficiaire sur les biens d'une fiducie réputée constitue une adaptation de concepts de droit privé sans signification établie. Par conséquent, la nature particulière du droit de bénéficiaire sur les biens de la fiducie réputée doit être déterminée dans le contexte pertinent où il est invoqué. En l'espèce, le droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC* est protégé tant par le par. 37(2) que par le par. 6(3). Le premier est souple et exige que l'on tienne compte des biens réputés détenus en fiducie par la Couronne lorsque cela est approprié dans le cadre de la loi; le deuxième exige spécifiquement que le plan de transaction prévoie le paiement intégral des créances de la Couronne visées par la fiducie réputée dans les six mois suivant l'homologation du plan. Le droit de la Couronne diffère sous le régime de la *LFI*, conformément aux objectifs et aux régimes différents de la liquidation et de la restructuration. Étant donné la teneur du droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC*, il n'y a pas de conflit entre le par. 227(4.1) de la *LIR* et l'art. 11 de la *LACC*. Les régimes des deux lois fédérales peuvent être harmonisés et leurs objectifs, réalisés.

[182] Les intimées ont droit à leurs dépens selon le tarif des honoraires et débours fixé à l'annexe B des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

The reasons of Abella, Brown and Rowe JJ. were delivered by

BROWN AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Overview

[183] At issue in this appeal is whether the Crown’s deemed trust claim for unremitted source deductions under s. 227(4) and (4.1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), s. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”), and ss. 23(4) and 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”) (collectively, the “Fiscal Statutes”), have priority over court-ordered priming charges under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”).

[184] The present iteration of the deemed trust provision, s. 227(4.1) of the *ITA*, was the result of a 1997 amendment enacted by Parliament directly in response to this Court’s interpretation of the provision’s predecessor in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411 (Department of Finance Canada, *Unremitted Source Deductions and Unpaid GST* (April 7, 1997)). That provision was itself the result of several amendments, beginning in 1942, with the amendment introducing the deemed trust in s. 92(6) and (7) of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97 (previously S.C. 1917, c. 28) (*An Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1942-43, c. 28, s. 31). The provision and the historical amendments demonstrate Parliament’s intention to safeguard its ability to collect employee source deductions under the relevant statutes, in priority to all other claims against a debtor’s property.

[185] The Crown appeals from the decision of the Court of Appeal of Alberta which, like the chambers judge, held that the *CCAA* court could subordinate the deemed trust claims under the Fiscal Statutes

Version française des motifs des juges Abella, Brown et Rowe rendus par

LES JUGES BROWN ET ROWE (dissidents) —

I. Aperçu

[183] Dans le présent pourvoi, la question est de savoir si la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source non versées en vertu des par. 227(4) et (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), des par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8 (« *RPC* »), et des par. 23(4) et 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23 (« *LAE* ») (collectivement, les « lois fiscales »), a préséance sur les charges super prioritaires ordonnées par un tribunal en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »).

[184] La version actuelle de la disposition concernant la fiducie réputée, soit le par. 227(4.1) de la *LIR*, est le résultat d’une modification adoptée en 1997 par le législateur en réponse directe à l’interprétation faite par notre Cour de la version antérieure de la disposition dans l’arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411 (Ministère des Finances Canada, *Retenues à la source non versées et TPS impayée* (7 avril 1997)). Cette disposition était elle-même le résultat de plusieurs modifications, à commencer, en 1942, par celle qui a introduit la fiducie réputée aux par. 92(6) et (7) de la *Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, c. 97 (auparavant S.C. 1917, c. 28) (*Loi modifiant la Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, L.C. 1942-1943, c. 28, art. 31). La disposition et l’historique des modifications démontrent l’intention du législateur de protéger sa capacité de percevoir les retenues à la source en vertu des lois applicables, par priorité sur toute autre réclamation visant les biens d’un débiteur.

[185] La Couronne se pourvoit contre la décision de la Cour d’appel de l’Alberta qui, comme le juge en cabinet, a conclu que le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* avait le pouvoir de subordonner les

to the priming charges (2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. 29, aff'g 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103). Having examined the pertinent provisions of the Fiscal Statutes, and for the reasons that follow, we find ourselves in respectful disagreement with that conclusion, and prefer the view of the dissenting judge, Wakeling J.A. The Crown's deemed trust claims under the Fiscal Statutes have ultimate priority and cannot be subordinated by priming charges.

[186] In our view, the text of the impugned provisions in the Fiscal Statutes is clear: the Crown's deemed trust operates "[n]otwithstanding . . . any other enactment of Canada" (*ITA*, s. 227(4.1)).² Parliament used unequivocal language — indeed, *the very language suggested by this Court in Sparrow Electric* — to give ultimate priority to the Crown's claim. Further, and again in clear and unequivocal text, Parliament imposed limits on the broad grant of authority by which a court can prioritize priming charges, thereby making plain the superiority of deemed trust claims. Finally, no provision of the *CCAA* is rendered meaningless by this interpretation. Unlike in other contexts such as the legislative scheme governing the GST/HST, Parliament has left no room for subordinating the deemed trusts under the Fiscal Statutes in pursuit of other legislative objectives. We would, therefore, allow the appeal.

II. Analysis

A. *General Comments on the Nature of the Deemed Trusts Under the Fiscal Statutes*

[187] The deemed trust created by the *ITA* is an essential instrument to collect source deductions (*First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002]

² The wording of the deemed trust provisions in the relevant provisions of the Fiscal Statutes is materially identical. This decision focuses on the deemed trusts in s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*. The reasoning herein, however, applies with equal force to each of the other statutes.

réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales aux charges super prioritaires (2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. 29, conf. 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103). Après avoir examiné les dispositions applicables des lois fiscales, et pour les motifs qui suivent, nous ne partageons pas ce point de vue et nous nous rangeons plutôt à l'avis du juge dissident, le juge Wakeling. Les réclamations de la Couronne relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales ont priorité absolue et ne peuvent pas être subordonnées aux charges super prioritaires.

[186] À notre avis, le libellé des dispositions contestées des lois fiscales est clair : la fiducie réputée de la Couronne produit ses effets « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral » (*LIR*, par. 227(4.1)).² Le législateur a employé des termes non équivoques — *les termes mêmes proposés par notre Cour* dans l'arrêt *Sparrow Electric* — pour accorder une priorité absolue à la réclamation de la Couronne. En outre, toujours dans un langage clair et non équivoque, le législateur a imposé des limites aux larges pouvoirs par lesquels un tribunal peut accorder la priorité à des charges super prioritaires, établissant ainsi clairement la supériorité des réclamations relatives à une fiducie réputée. Enfin, cette interprétation ne fait perdre son sens à aucune des dispositions de la *LACC*. Contrairement à d'autres contextes, comme dans celui du régime législatif régissant la TPS/TVH, le législateur n'a pas ouvert la porte à la subordination de la fiducie réputée créée par les lois fiscales en vue de réaliser d'autres objectifs législatifs. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Analyse

A. *Observations générales sur la nature de la fiducie réputée créée par les lois fiscales*

[187] La fiducie réputée créée par la *LIR* est un instrument essentiel à la perception des retenues à la source (*First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002

² Les dispositions pertinentes des lois fiscales en matière de fiducie réputée ont un libellé sensiblement identique. La présente décision met l'accent sur les fiducies réputées prévues aux par. 227(4) et (4.1) de la *LIR*. Le raisonnement exposé ici vaut cependant tout autant pour chacune des autres lois.

2 S.C.R. 720, at para. 22). The *ITA* grants special priority to the Crown to collect unremitted source deductions, reflecting its status as an “involuntary creditor” (*First Vancouver*, at para. 23).

[188] Section 227(4) and (4.1) of the *ITA* reads:

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

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

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

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property

CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, par. 22). La *LIR* accorde à la Couronne la priorité de rang pour la perception des retenues à la source non versées, étant donné son statut de « créancier involontaire » (*First Vancouver*, par. 23).

[188] Les paragraphes 227(4) et (4.1) de la *LIR* prévoient ce qui suit :

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

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d’un montant qu’une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l’absence d’une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d’une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu’ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu’ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en décollant, et le produit décollant

shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

[189] These sections describe two relevant events. First, at the time of the deduction, a trust is deemed in favour of the Crown, binding every person (the “tax debtor”) who collects source deductions in the amount withheld until the person remits the source deductions (*ITA*, s. 227(4)). Section 227(4) deems the tax debtor to hold the source deductions “separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person”.

[190] The second event occurs where the tax debtor has failed to remit the source deductions in accordance with the manner and time provided by the *ITA*. Section 227(4.1) extends the deemed trust to all “property of the person and property held by any secured creditor . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust”. This is achieved by deeming the source deductions to be held “in trust for Her Majesty” from the moment the amount was “deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person”. Parliament further provided that the unremitted source deductions under the Fiscal Statutes “form no part of the estate or property of the person” from the time of deduction or withholding, and is “property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests”.

[191] This Court has held that the deemed trust is a “creatur[e] of statute” and “is not in truth a real [trust], as the subject matter of the trust cannot be identified from the date of creation of the trust” (*Sparrow Electric*, at para. 31, per Gonthier J., citing D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 117, and adopted in *First Vancouver*, at para. 37). This statement fuelled a debate in this appeal about whether the deemed trust is a security interest or a proprietary interest, with the respondents arguing that the Crown cannot hold a proprietary

de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[189] Ces paragraphes décrivent deux événements pertinents. Premièrement, dès le moment où le montant est retenu, une fiducie réputée est créée en faveur de la Couronne, contraignant chaque personne (le « débiteur fiscal ») qui effectue des retenues à la source à retenir le montant en vue de le verser à Sa Majesté (*LIR*, par. 227(4)). Aux termes du par. 227(4), le débiteur fiscal est réputé détenir le montant des retenues à la source « séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens [du paragraphe 224(1.3)] ».

[190] Le deuxième événement se produit lorsque le débiteur fiscal fait défaut de verser les retenues à la source selon les modalités et dans le délai prévus par la *LIR*. Le paragraphe 227(4.1) étend la fiducie réputée à tous « les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti [. . .] d’une valeur égale [au montant réputé être détenu en fiducie] ». Ainsi, les retenues à la source sont réputées être détenues « en fiducie pour Sa Majesté » à compter du moment où le montant est « déduit ou retenu », « sépar[ées] des propres biens de la personne ». Le législateur a également prévu que les retenues à la source non versées au titre des lois fiscales sont réputées « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne » à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, et qu’elles constituent des « biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie ».

[191] Notre Cour a jugé que la fiducie réputée « tire son origine de la législation » et qu’elle « n’est pas réelle, étant donné que son objet ne peut être identifié à compter de la date de création de la fiducie » (*Sparrow Electric*, par. 31, le juge Gonthier, citant D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), p. 117, et adopté dans *First Vancouver*, par. 37). Cette déclaration a donné lieu, dans le cadre du présent pourvoi, à un débat sur la question de savoir si la fiducie réputée crée une garantie ou un intérêt propriétaire. Les intimées soutiennent que la

interest in the debtor's property because there is a lack of certainty in the subject matter.

[192] We agree with each of our colleagues Justices Karakatsanis and Côté that the deemed trust is not a “true” trust and that it does not confer an ownership interest or the rights of a beneficiary on the Crown as they are understood at common law or within the meaning of the *Civil Code of Québec* (Karakatsanis J.'s reasons, at paras. 119-20; Côté J.'s reasons, at paras. 43 and 49). Respectfully, however, our colleagues miss the point of the *deemed* quality of the trust. The matters of a property interest, certainty of subject matter and autonomous patrimony that arise from attempts to describe the operation of the deemed trust are entirely irrelevant and do not assist in deciding this appeal, nor in understanding Parliament's intent. The deemed trust is a legal fiction, with *sui generis* characteristics that are described in s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*. As noted in *First Vancouver*, at para. 34, “it is open to Parliament to characterize the trust in whatever way it chooses; it is not bound by restraints imposed by ordinary principles of trust law”. While *First Vancouver* considered the contrast between a statutory trust and a common law trust, the same applies to our colleague Côté J.'s reference to the *Civil Code (Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, at para. 49). What matters here is not *the characterization* of the deemed trust that is at issue, but its *operation*. And as we explain, it *operates* to give the Crown a statutory right of access to the debtor's property to the extent of its *corpus* and a right to be paid in priority to all security interests.

[193] Further, no concerns regarding certainty of subject matter or autonomous patrimony arise here. It is of course true that, in common law Canada, for a trust to come into existence there must be certainty of intention, certainty of subject matter, and certainty of object (D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), at p. 140; E. E. Gillese, *The Law of Trusts*

Couronne ne peut pas détenir un intérêt propriétaire sur les biens des débitrices en raison de l'incertitude quant aux biens sujets à la fiducie.

[192] Nous convenons avec chacune de nos collègues les juges Karakatsanis et Côté que la fiducie réputée n'est pas une fiducie « véritable » et qu'elle ne confère pas à la Couronne un intérêt propriétaire ou des droits de bénéficiaire tel qu'on les entend en common law ou au sens du *Code civil du Québec* (motifs de la juge Karakatsanis, par. 119-120; motifs de la juge Côté, par. 43 et 49). En tout respect, cependant, nos collègues ne saisissent pas le caractère *réputé* de la fiducie. Les questions de l'intérêt propriétaire, de la certitude quant aux biens sujets à la fiducie et du patrimoine autonome qui découlent des tentatives d'expliquer le fonctionnement de la fiducie réputée sont dénuées de toute pertinence et n'aident pas à trancher le présent pourvoi, ni à comprendre l'intention du législateur. La fiducie réputée est une fiction juridique assortie de caractéristiques *sui generis* décrites aux par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR*. Comme il a été souligné au par. 34 de l'arrêt *First Vancouver*, « le législateur peut qualifier la fiducie comme il l'entend; il n'est pas lié par les contraintes découlant des principes habituels du droit des fiducies ». Bien que l'arrêt *First Vancouver* ait traité du contraste entre une fiducie créée en vertu de la loi et une fiducie en common law, ses enseignements valent pour le renvoi de notre collègue la juge Côté au *Code civil (Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, par. 49). Ce qui importe en l'espèce n'est pas *la qualification* de la fiducie réputée en cause, mais son *fonctionnement*. Comme nous l'expliquerons, elle *a pour effet* de conférer à la Couronne un droit d'accès aux biens du débiteur jusqu'à concurrence de la masse fiduciaire ainsi que le droit d'être payée par priorité sur toute garantie.

[193] En outre, il n'existe aucune préoccupation concernant la certitude quant à la matière ou le patrimoine autonome en l'espèce. Certes, il est vrai qu'en common law au Canada, la certitude quant à l'intention de créer une fiducie, la certitude quant aux biens sujets à la fiducie et la certitude quant à l'objet sont nécessaires pour qu'une fiducie prenne naissance (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D.

(3rd ed. 2014), at p. 41). Similarly, under the Quebec civil law, “[t]hree requirements must . . . be met in order for a trust to be constituted: property must be transferred from an individual’s patrimony to another patrimony by appropriation; the property must be appropriated to a particular purpose; and the trustee must accept the property” (*Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758, at para. 31). And, again, it is also true that the subject matter of the deemed trust under s. 227(4.1) cannot be identified from the date of creation of the trust and does not constitute an autonomous patrimony to which specific property is transferred.

[194] But again, none of this remotely matters here. Statutory text, not ordinary principles of trust law, determines the nature of, and rights conferred by, deemed trusts (*First Vancouver*, at para. 34). And this Court has recognized that Parliament, through the trust deemed by s. 227(4.1) of the *ITA*, has “revitaliz[ed] the trust whose subject matter has lost all identity” (*Sparrow Electric*, at para. 31, per Gonthier J., adopted in *First Vancouver*, at para. 37). This is because the subject matter of the deemed trust is ascertained *ex post facto*, corresponding to the property of the tax debtor and property held by any secured creditor equal in value to the amount deemed to be held in trust by s. 227(4) that, but for the security interest, would be property of the tax debtor. In short, the subject matter is whatever assets the employer then has from which to realize the original trust debt. Hence Iacobucci J.’s description in *First Vancouver* of the operation of s. 227(4.1) as “similar in principle to a floating charge” (para. 4). Parliament also circumvented the traditional requirements of the *Civil Code* for constituting a trust by requiring the amount of the unremitted source deductions to be held “separate and apart from the property of the [debtor]” and to “form no part of the estate [*patrimoine*, in the French version] or property of the [debtor]” (s. 227(4.1)).

Smith, dir., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4^e éd. 2012), p. 140; E. E. Gillese, *The Law of Trusts* (3^e éd. 2014), p. 41). De même, en droit civil québécois, « [t]rois conditions sont [. . .] nécessaires pour la constitution d’une fiducie : le transfert de biens du patrimoine d’une personne à un patrimoine d’affectation, l’affectation des biens à une fin particulière et l’acceptation par un fiduciaire » (*Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758, par. 31). Par ailleurs, il est également vrai que la matière de la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) ne peut être identifiée à compter de la date de création de la fiducie et qu’elle ne constitue pas un patrimoine autonome auquel sont transférés des biens en particulier.

[194] Mais là encore, rien de ce qui précède n’est d’une quelconque pertinence en l’espèce. C’est le texte législatif, et non les principes habituels du droit des fiducies, qui détermine la nature des fiducies réputées et les droits qu’elles confèrent (*First Vancouver*, par. 34). De plus, notre Cour a reconnu que le législateur avait, au moyen de la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) de la *LIR*, « revitalis[é] la fiducie dont l’objet a perdu toute identité » (*Sparrow Electric*, par. 31, le juge Gonthier, adopté dans *First Vancouver*, par. 37). Il en est ainsi parce que les biens sujets à la fiducie réputée sont établis après coup; ils correspondent aux biens du débiteur fiscal et aux biens détenus par un créancier garanti d’une valeur équivalente au montant réputé être détenu en fiducie en vertu du par. 227(4) qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux du débiteur fiscal. Bref, les biens sujets à la fiducie correspondent à tous les biens, quels qu’ils soient, que l’employeur possède alors et au moyen desquels la fiducie initiale peut être réalisée. C’est pourquoi le juge Iacobucci, dans l’arrêt *First Vancouver*, a déclaré que la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) « s’apparent[ait] sur le plan des principes à une charge flottante » (par. 4). Le législateur a aussi contourné les conditions classiques établies dans le *Code civil* pour la constitution d’une fiducie en exigeant que le montant des retenues à la source non versées soit détenu « sépar[é] des propres biens d[u] débiteur » et « ne [fasse pas] partie du patrimoine ou des biens d[u] débiteur » (par. 227(4.1)).

[195] In short, the requirements of “true” trusts of civil and common law are irrelevant to ascertaining the operation of a statutorily deemed trust. Parliament did not legislate a “true” trust. Instead, it legislated a deeming provision which “artificially imports into a word or an expression an additional meaning which they would not otherwise convey beside the normal meaning which they retain where they are used” (*R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838, at p. 845).

[196] On this point, and contrary to the view of the majority at the Court of Appeal, Iacobucci J. *did not* hold that the deemed trust *is* a floating charge — nor that it was “of the same nature” (Côté J.’s reasons, at para. 51) — but rather that it operated *similarly*, by permitting a debtor in the interim to alienate property in the normal course of business. They are distinct legal concepts; whereas the deemed trust takes “priority over existing and future security interests”, a floating charge would be overridden by a subsequent fixed charge (*Toronto-Dominion Bank v. Canada*, 2020 FCA 80, [2020] 3 F.C.R. 201, at para. 62; see also *First Vancouver*, at para. 28).

[197] Significantly, the s. 227(4.1) deemed trust does not encompass the whole of the tax debtor’s interest in property, but only the amount deemed to be held in trust by s. 227(4). But this does not mean the Crown cannot have a property interest in the debtor’s property. It merely limits that interest to the extent of the unremitted source deductions. This makes sense. The Crown may collect only what it is owed.

B. *The Deemed Trust Under the Fiscal Statutes Have Absolute Priority Over All Other Claims in CCAA Proceedings*

[198] The text, context, and purpose of s. 227(4.1) of the *ITA* support the conclusion that s. 227(4.1) of the *ITA* and the related deemed trust provisions under the Fiscal Statutes bear only one plausible

[195] En somme, les conditions des fiducies « véritables » en droit civil et en common law ne sont d’aucune utilité pour déterminer le fonctionnement d’une fiducie réputée créée en application de la loi. Le législateur n’a pas créé une fiducie « véritable ». Il a plutôt adopté une disposition déterminative qui « donne à un mot ou à une expression un sens autre que celui qu’on leur reconnaît habituellement et qu’il conserve là où on l’utilise » (*R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838, p. 845).

[196] Sur ce point, et contrairement à l’avis des juges majoritaires de la Cour d’appel, le juge Iacobucci *n’a pas* jugé que la fiducie réputée *constituait* une charge flottante — ni qu’elle [TRADUCTION] « particip[ait] de la nature d’une “charge flottante” » (motifs de la juge Côté, par. 51) — mais plutôt qu’elle fonctionnait de manière *semblable* en permettant à un débiteur, dans l’intervalle, de se départir d’un bien détenu en fiducie dans le cadre normal de ses activités. Ce sont là des concepts juridiques distincts; alors que la fiducie réputée a la « priorité de rang sur les garanties actuelles et futures », une charge flottante serait supplantée par une sûreté ultérieure (*Banque Toronto-Dominion c. Canada*, 2020 CAF 80, [2020] 3 R.C.F. 201, par. 62; voir aussi *First Vancouver*, par. 28).

[197] Fait important à signaler, la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) ne comprend pas l’ensemble des biens du débiteur fiscal, mais seulement les biens d’une valeur équivalente au montant réputé être détenu en fiducie en vertu du par. 227(4). Cela ne signifie pas que la Couronne ne peut pas détenir un intérêt propriétaire sur les biens du débiteur, mais seulement que cet intérêt se limite à la valeur des retenues à la source non versées, ce qui est logique. La Couronne ne peut percevoir que ce qui lui est dû.

B. *La fiducie réputée créée par les lois fiscales a priorité absolue sur toutes les autres réclamations dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la LACC*

[198] Le texte, le contexte et l’objectif du par. 227(4.1) de la *LIR* appuient la conclusion selon laquelle il n’existe qu’une seule interprétation plausible de ce paragraphe et des dispositions connexes

interpretation: the Crown’s deemed trust enjoys priority over all other claims, including priming charges granted under the *CCAA*. Parliament’s intention when it amended and expanded s. 227(4) and (4.1) of the *ITA* was clear and unmistakable.

(1) The Deemed Trusts Apply Notwithstanding the Provisions of the *CCAA*

(a) *Text of the Fiscal Statutes*

[199] The text of s. 227(4.1) of the *ITA* is determinative: the Crown’s deemed trust claim enjoys superior priority over all “security interests”, including priming charges under the *CCAA*. The amount subject to the deemed trusts is deemed “to be held . . . separate and apart from the property of the person” and “to form no part of the estate or property of the person”. It is “beneficially owned by Her Majesty”, and the “proceeds of such property shall be paid . . . in priority to all such security interests”. The Crown’s right pursuant to its deemed trust is clear: it is a right to be paid in priority to all security interests.

[200] Parliament granted this unassailable priority by employing the unequivocal language of “[n]otwithstanding any . . . enactment of Canada”. This is a “blanket paramountcy clause”; it prevails over all other statutes (P. Salembier, *Legal and Legislative Drafting* (2nd ed. 2018), at p. 385). No similar “notwithstanding” provision appears in the *CCAA*, subordinating the claims under the deemed trusts of the Fiscal Statutes to priming charges. Indeed, it is quite the opposite: unlike most deemed trusts which are nullified in *CCAA* proceedings by the operation of s. 37(1) of the *CCAA*, s. 37(2) *preserves* the deemed trusts of the Fiscal Statutes. This distinguishes the deemed trust at issue here from those discussed in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, which were nullified by the operation of what is now s. 37(1). Deschamps J. repeatedly contrasted the different deemed trusts and specified that “the Crown’s deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization

concernant la fiducie réputée qui figurent dans les lois fiscales : la fiducie réputée de la Couronne a préséance sur toute autre réclamation, y compris sur les charges super prioritaires accordées en vertu de la *LACC*. Lorsque le législateur a modifié les par. 227(4) et (4.1) de la *LIR* et élargi leur portée, son intention était claire et sans équivoque.

(1) La fiducie réputée s’applique malgré les dispositions de la *LACC*

a) *Texte des lois fiscales*

[199] Le libellé du par. 227(4.1) de la *LIR* est déterminant : la fiducie réputée de la Couronne a priorité absolue sur toutes les « garanties », y compris sur les charges super prioritaires créées sous le régime de la *LACC*. Le montant sujet à la fiducie réputée est réputé « être déten[u] [. . .] sépar[é] des propres biens de la personne » et « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne ». « Sa Majesté a un droit de bénéficiaire » sur ce montant et « le produit découlant de ces biens est payé [. . .] par priorité sur [toute autre] garantie ». Le droit conféré à la Couronne par la fiducie réputée créée en sa faveur est clair : il s’agit du droit d’être payée par priorité sur toute garantie.

[200] Le législateur a accordé cette priorité inattaquable en employant ces termes non équivoques : « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral . . . » Il s’agit d’une [TRADUCTION] « disposition générale attributive de préséance »; elle a préséance sur toute autre loi (P. Salembier, *Legal and Legislative Drafting* (2^e éd. 2018), p. 385). Il ne figure dans la *LACC* aucune disposition dérogatoire semblable (« malgré »), subordonnant aux charges super prioritaires les réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales. En fait, c’est tout l’inverse : contrairement à la plupart des fiducies réputées qui sont neutralisées dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC* par l’application du par. 37(1) de la *LACC*, le par. 37(2) *présERVE* la fiducie réputée prévue par les lois fiscales. Cela distingue la fiducie réputée en litige dans la présente affaire de celles dont il était question dans l’arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, qui ont été neutralisées par l’application de ce qui est maintenant le par. 37(1).

and in bankruptcy” (para. 38). The *ITA* and *CCAA* thus operate without conflict.

(b) *Legislative Predecessor Provisions*

[201] The predecessor provisions of a statutory provision form part of the “entire context” in which it must be interpreted (*Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425, at para. 28). And here, it confirms that, by enacting s. 227(4.1) of the *ITA*, Parliament intended for the deemed trusts arising from the Fiscal Statutes to have absolute priority over all secured creditors, as defined in s. 224(1.3) of the *ITA*.

[202] As already noted, Parliament amended s. 227(4.1) of the *ITA* to its current form in response to this Court’s decision in *Sparrow Electric*. In *Sparrow Electric*, both Royal Bank and the Minister claimed priority to the proceeds from the tax debtor’s property. This Court held that the Bank had priority since the inventory was subject to the Bank’s security before the deemed trust arose. In reaching this conclusion, Iacobucci J. invited Parliament to grant absolute priority to the Crown, and showed how this could be achieved:

I wish to emphasize that it is open to Parliament to step in and assign absolute priority to the deemed trust. A clear illustration of how this might be done is afforded by s. 224(1.2) *ITA*, which vests certain moneys in the Crown “notwithstanding any security interest in those moneys” and provides that they “shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest”. All that is needed to effect the desired result is clear language of that kind. In the absence of such clear language, judicial innovation is undesirable, both because the issue is policy charged and because a legislative mandate is apt to be clearer than a rule whose precise bounds will become

La juge Deschamps a maintes fois comparé les différentes fiducies réputées et précisé que « la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s’appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite » (par. 38). La *LIR* et la *LACC* n’entrent donc pas en conflit.

b) *Dispositions législatives antérieures*

[201] Les versions antérieures d’une disposition législative font partie du « contexte global » dans lequel cette disposition doit être interprétée (*Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d’armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425, par. 28). En l’espèce, le contexte confirme qu’en édictant le par. 227(4.1) de la *LIR*, le législateur voulait que la fiducie réputée créée par les lois fiscales jouisse d’une priorité absolue sur tous les créanciers garantis, au sens du par. 224(1.3) de la *LIR*.

[202] Comme il a déjà été souligné, le législateur a modifié le par. 227(4.1) de la *LIR* pour adopter son libellé actuel en réponse à l’arrêt *Sparrow Electric* de notre Cour. Dans l’affaire *Sparrow Electric*, tant la Banque Royale que Sa Majesté revendiquaient la priorité de rang relativement au produit de la vente des biens de la débitrice fiscale. Notre Cour a jugé que la priorité de rang revenait à la Banque puisque les biens figurant dans l’inventaire étaient assujettis à la garantie de la Banque avant que la fiducie réputée n’ait pris naissance. En tirant cette conclusion, le juge Iacobucci a invité le législateur à accorder la priorité absolue à la Couronne et lui a montré comment y arriver :

... je tiens à souligner qu’il est loisible au législateur d’intervenir et d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Le paragraphe 224(1.2) *LIR* illustre clairement comment cela pourrait se faire. Cette disposition attribue à Sa Majesté certaines sommes « malgré toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] », et prévoit qu’elles « doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] ». Pour obtenir le résultat souhaité, il suffit d’utiliser des termes aussi clairs. En l’absence de pareils termes, l’innovation judiciaire n’est pas souhaitable parce qu’il s’agit d’une question qui regorge de considérations de principe et parce qu’une

fixed only as a result of expensive and lengthy litigation. [Emphasis added; para. 112.]

[203] Parliament proceeded to do just that. It amended the Fiscal Statutes to reinforce its priority. The press release accompanying the amendments stated that the objective of the amendments was to “assert the absolute priority of the Crown’s claim [for] unremitted source deductions [and to] ensure that tax revenue losses are minimised and that delinquent taxpayers and their secured creditors do not benefit from failures to remit source deductions and GST at the expense of the Crown” (Department of Finance Canada, at p. 1 (emphasis added)).

[204] The purpose of these amendments was described by Iacobucci J. for this Court in *First Vancouver*. It was, he recognized, to grant priority to the deemed trusts and ensure the Crown’s claim prevails over secured creditors, irrespective of when the security interest arose (paras. 28-29). “It is evident from these changes” he added, “that Parliament has made a concerted effort to broaden and strengthen the deemed trust in order to facilitate the collection efforts of the Minister” (para. 29). Parliament’s intention could not have been clearer.

[205] Indeed, our colleagues’ view to the contrary leaves us wondering: if the all-encompassing scope of the notwithstanding clause of s. 227(4.1) of the *ITA* is *insufficient* to prevail over the priming charges, what language would possibly be *sufficient*? Courts must give proper effect to Parliament’s plain statutory direction, and not strain to subvert it on the basis that Parliament’s categorical language or “basket clause” did not itemize a particular security interest.

(2) The Priming Charges Are “Security Interests” Within the Meaning of the Fiscal Statutes

[206] The priming charge provisions in ss. 11.2(1), 11.51(1) and 11.52(1) of the *CCAA* allow the

prescription du législateur est plus susceptible d’être claire qu’une règle dont les limites précises ne seront établies que par suite d’une longue et coûteuse série de poursuites. [Nous soulignons; par. 112.]

[203] C’est exactement ce que le législateur a fait. Il a modifié les lois fiscales afin de renforcer sa priorité. Le communiqué qui accompagnait les modifications mentionnait que celles-ci avaient pour objectif d’« établir la priorité absolue des droits de l’État [à l’égard des] retenues à la source non versées [et de] minimiser les pertes de recettes fiscales et empêch[er] les contribuables contrevenants et leurs créanciers garantis de tirer profit du non-versement de retenues à la source et de TPS au détriment de l’État » (Ministère des Finances du Canada, p. 1 (nous soulignons)).

[204] L’objectif de ces modifications a été décrit par le juge Iacobucci au nom de notre Cour dans l’arrêt *First Vancouver*. Comme il l’a reconnu, l’objectif était d’accorder la priorité de rang à la fiducie réputée et de faire en sorte que la créance de la Couronne ait préséance sur celles des créanciers garantis, peu importe le moment où la garantie a pris naissance (par. 28-29). « Ces modifications révèlent que le législateur a manifestement voulu consolider la fiducie réputée et en accroître la portée afin de faciliter les opérations de recouvrement du ministre », a-t-il ajouté (par. 29). L’intention du législateur n’aurait pas pu être plus claire.

[205] En fait, l’opinion contraire de nos collègues nous amène à nous questionner : si la portée englobante de la disposition de dérogation du par. 227(4.1) de la *LIR* ne suffit pas à garantir la priorité de rang sur les charges super prioritaires, quel libellé imaginable aurait *suffi*? Les tribunaux doivent donner dûment effet aux directives législatives claires du législateur et ne pas s’efforcer de les renverser au motif que le libellé sans équivoque ou la « clause omnibus » du législateur ne mentionne pas expressément une garantie en particulier.

(2) Les charges super prioritaires constituent une « garantie » au sens des lois fiscales

[206] Selon les dispositions relatives aux charges super prioritaires figurant aux par. 11.2(1), 11.51(1)

supervising court to “make an order declaring that all or part of the company’s property is subject to a security or charge” (“*charge ou sûreté*” in the French version). This does not, however, prevail over the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA*, which provides that the unpaid amounts of the deemed trust for source deductions have priority over all “security interests”. That term is defined by s. 224(1.3) of the *ITA* as follows:

security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest, or for civil law a right, created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for; (*garantie*)

This makes clear that a “security interest” includes a “charge” (a “*sûreté*” in the French version). Further, ss. 11.2(1), 11.51(1) and 11.52(1) of the *CCAA* describe the priming charges as a “security or charge”. There can be no doubt, therefore, that priming charges under the *CCAA* are security interests under the *ITA*.

[207] Even were this insufficient, the definition of “security interest” in s. 224(1.3) of the *ITA* is sufficiently expansive to capture *CCAA* priming charges. The word “includes”, and the categorical language of “encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for” could not be any more expansive. As Professor Sullivan explains, “[t]he purpose of a list of examples following the word ‘including’ is normally to emphasize the broad range of general language and to ensure that it is not inappropriately read down so as to exclude something that is meant to be included” (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at para. 4.39).

[208] This Court has already recognized, in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond v.*

et 11.52(1) de la *LACC*, un juge surveillant « peut par ordonnance [. . .] déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie sont grevés d’une charge ou sûreté ». Cette charge ou sûreté n’a toutefois pas préséance sur la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) de la *LIR*, lequel prévoit que le montant des retenues à la source non versées réputé être détenu en fiducie a priorité sur toute autre « garantie ». Ce terme est ainsi défini au par. 224(1.3) de la *LIR* :

garantie Intérêt ou, pour l’application du droit civil, droit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les intérêts ou, pour l’application du droit civil, les droits nés ou découlant de débiteures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs. (*security interest*)

Il est donc clair qu’une « garantie » englobe une « sûreté » et une « charge ». En outre, les par. 11.2(1), 11.51(1) et 11.52(1) de la *LACC* décrivent les charges super prioritaires comme une « charge ou sûreté ». Par conséquent, il ne fait aucun doute que les charges super prioritaires créées sous le régime de la *LACC* sont des garanties au sens de la *LIR*.

[207] Même si cela ne suffisait pas, la définition de « garantie » énoncée au par. 224(1.3) de la *LIR* est assez large pour comprendre les charges super prioritaires prévues sous le régime de la *LACC*. La portée de l’expression « sont en particulier » et du passage catégorique « charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs » ne pourrait pas être plus large. Comme l’explique la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [u]ne liste d’exemples introduite par le terme “notamment” [ou “sont en particulier” dans le paragraphe qui nous occupe] a généralement pour objectif de souligner la vaste portée des termes généraux et de veiller à ce qu’elle ne soit pas mal interprétée de façon à exclure un élément qui ne doit pas l’être » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), par. 4.39).

[208] Notre Cour a déjà reconnu, dans l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*

Canada, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94, that Parliament chose “an expansive definition of ‘security interest’ . . . in order to enable maximum recovery by the Crown” (para. 14), such that it captures any interest in the property of the debtor that secures payment or performance of an obligation:

In order to constitute a security interest for the purposes of s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, the creditor must hold “any interest in property that secures payment or performance of an obligation”. The definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA* does not require that the agreement between the creditor and debtor take any particular form, nor is any particular form expressly excluded. So long as the creditor’s interest in the debtor’s property secures payment or performance of an obligation, there is a “security interest” within the meaning of this section. While Parliament has provided a list of “included” examples, these examples do not diminish the broad scope of the words “any interest in property” [Emphasis added; para. 15.]

In that case, Rothstein J. held for the Court that a contract providing a right to compensation (or set-off at common law) could constitute a “security interest” under s. 224(1.3) of the *ITA*, *despite that it was not enumerated in the definition* and that it is *not traditionally understood as such* (paras. 37-40).

[209] For all these reasons, the priming charges fall under the definition of “security interest”, because they are “interest[s] in the debtor’s property [that] secur[e] payment or performance of an obligation”, i.e. the payment of the monitor, the interim lender, and directors. Consequently, the Crown’s interest under the trust deemed created by s. 227(4.1) of the *ITA* enjoys priority over the priming charges.

[210] Our colleague Côté J., however, sees the matter differently. In our respectful view, she disregards this Court’s authoritative statement of the law in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*. Specifically, she concludes that priming charges are not “security interests” under the *ITA* because “[c]ourt-ordered charges are unlike conventional consensual and non-consensual security interests in that they are integrally connected to insolvency

c. Canada, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94, que le législateur a opté pour « une définition large de la “garantie” afin de maximiser le recouvrement par Sa Majesté » (par. 14), qui englobe tout intérêt sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement :

Il y a garantie aux fins des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAÉ* lorsque le créancier détient un « [d]roit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement ». La définition de « garantie » au par. 224(1.3) *LIR* n’exige pas que l’entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière et elle n’en exclut aucune expressément. Dès lors que le droit du créancier sur le bien du débiteur garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement, il y a « garantie » au sens de cette disposition. L’énumération d’exemples dans la définition légale n’a pas pour effet de limiter la portée générale de l’expression « [d]roit sur un bien » . . . [Nous soulignons; par. 15.]

Dans ce cas, le juge Rothstein, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré qu’un contrat conférant un droit de compensation pouvait constituer une « garantie » au sens du par. 224(1.3) de la *LIR* même si la compensation n’est pas énumérée dans la définition et même si elle n’est ordinairement pas considérée comme telle (par. 37-40).

[209] Pour toutes ces raisons, les charges super prioritaires entrent dans la définition de « garantie » puisqu’elles constituent un « intérêt [. . .] sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement », par exemple le paiement du contrôleur, du prêteur temporaire et des dirigeants. Par conséquent, l’intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) de la *LIR* prend rang devant les charges super prioritaires.

[210] Notre collègue la juge Côté voit toutefois les choses différemment, mais à notre humble avis, elle fait abstraction de l’exposé du droit faisant autorité de notre Cour dans *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*. Plus précisément, elle conclut que les charges super prioritaires ne sont pas des « garanties » au sens de la *LIR* parce que « [les charges super prioritaires d’origine judiciaire] se distinguent des garanties consensuelles et non consensuelles

proceedings that operate for the benefit of the creditors as a group” (Côté J.’s reasons, at para. 62 (emphasis deleted), quoting R. J. Wood, “Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*” (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85, at p. 98). With respect, nothing in the definition of security interest in the *ITA* precludes the inclusion of an interest that is designed to operate to the benefit of all creditors.

[211] Further, and irrespective of the nature of *CCAA* proceedings, our colleague’s conclusion is irreconcilable with this Court’s holding in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond* and with the “expansive definition” Parliament adopted to maximize recovery (*Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, at para. 14). The fact that the instrument is court-ordered and is for the presumed benefit of all creditors is irrelevant. It does not affect *the nature* of the priming charges — to secure the payment of an obligation — which is the only relevant criterion (para. 15). As for the express inclusion of “priming charges” in the definition and their creation by court order, we reiterate that “*sûreté*” and “*charge*” are explicitly included “however or whenever arising, created, deemed to arise or provided for” (*ITA*, s. 224(1.3)).

[212] Nor is Professor Wood’s commentary, and by extension, the reasoning in *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237, and *Minister of National Revenue v. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278, of any avail to our colleague Karakatsanis J. (para. 102; see also Wood, at p. 98, fns. 51-52). While those judgments held that finance leases and conditional sales agreements did not fall under the definition of s. 224(1.3) of the *ITA* because they were not specifically listed, that reasoning was later squarely rejected in *Caisse populaire de l’Est de Drummond*. And, were that not enough, *Mega Pets* and *Schwab*, unlike the instant case, dealt with situations where property was not

classiques en ce qu’elles sont intimement liées aux procédures d’insolvabilité qui se déroulent au profit de l’ensemble des créanciers » (motifs de la juge Côté, par. 62 (soulignement omis), citant R. J. Wood, « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85, p. 98). Avec égards, rien dans la définition de garantie qui figure dans la *LIR* ne permet d’exclure une garantie conçue pour fonctionner au profit de tous les créanciers.

[211] Une fois de plus, et quelle que soit la nature des procédures intentées sous le régime de la *LACC*, la conclusion de notre collègue est inconciliable avec celle de notre Cour dans l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond* de même qu’avec la « définition large » retenue par le législateur pour maximiser le recouvrement (*Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, par. 14). Le fait que l’instrument est constitué par un tribunal et qu’il est présumé bénéficiaire à tous les créanciers n’a aucune importance. Il n’a aucune incidence sur *la nature* des charges super prioritaires — soit garantir l’exécution d’une obligation, notamment un paiement — qui constitue le seul critère pertinent (par. 15). En ce qui concerne l’inclusion expresse des « charges super prioritaires » dans la définition et leur constitution par ordonnance judiciaire, nous réitérons que les « sûretés » et « charges » sont explicitement incluses « de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs » (*LIR*, par. 224(1.3)).

[212] De plus, ni l’observation du professeur Wood ni, par extension, le raisonnement avancé dans *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237, et *Minister of National Revenue c. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278, ne sont d’une quelconque utilité pour notre collègue la juge Karakatsanis (par. 102; voir aussi Wood, p. 98, n. 51-52). Bien qu’il ait été conclu dans ces jugements que les contrats de location-financement et les contrats de vente conditionnelle n’entraient pas dans la définition énoncée au par. 224(1.3) de la *LIR* parce qu’ils n’y étaient pas précisément mentionnés, ce raisonnement a par la suite été rejeté sans ambages dans l’arrêt *Caisse populaire de l’Est de Drummond*.

transferred to the debtor, which facts were treated as determinatively supporting the conclusion that the instruments in those cases were not “security interests”. For example, under a conditional sales agreement, the seller does not have an interest in the debtor’s property because ownership rests with the seller until performance of the obligation (*Mega Pets*, at para. 32). By contrast, the priming charges secure payment out of property that remains the debtor’s.

[213] Finally, this Court’s interpretation of “security interest” in *Caisse populaire de l’Est de Drummond* is confirmed by the French version of the text. “*Sont en particulier des garanties*” is illustrative, not limitative. *Le Robert* (online) defines “*en particulier*” (in particular) as [TRANSLATION] “particularly, among others, especially, above all” (emphasis added). Unsurprisingly, the French version of s. 224(1.3) has been described as being [TRANSLATION] “as broadly worded as possible” (R. P. Simard, “Priorités et droits spéciaux de la couronne”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Sûretés* (loose-leaf), vol. 1, by P.-C. Lafond, ed., fasc. 4, at para. 20). There is no discordance between both versions of the text. The French version conforms perfectly to the English text’s use of the verb “includes”, and confirms the plain reading of the English version.

[214] Respectfully, our colleagues Côté and Karakatsanis JJ. frustrate the clear will of Parliament. Clear, all-inclusive language should be treated as such, and not circumvented by straining to draw distinctions of no legal significance whatsoever or by searching for what is not specifically mentioned in order to avoid the otherwise inescapable conclusion that Parliament granted absolute priority to the deemed trusts.

(3) Conclusion

[215] It is this simple:

Comme si ce n’était pas suffisant, les affaires *Mega Pets* et *Schwab*, contrairement à l’affaire en l’espèce, concernaient des situations où les biens n’avaient pas été transférés au débiteur, lequel fait avait été considéré comme déterminant et avait mené à la conclusion que les instruments en question dans ces affaires ne constituaient pas des « garanties ». Par exemple, aux termes d’un contrat de vente conditionnelle, le vendeur ne dispose d’aucun intérêt sur les biens du débiteur puisque le vendeur demeure propriétaire jusqu’à l’exécution de l’obligation (*Mega Pets*, par. 32). À l’inverse, les charges super prioritaires garantissent le paiement à partir des biens qui appartiennent toujours au débiteur.

[213] Enfin, l’interprétation que notre Cour donne au terme « garantie » dans *Caisse populaire de l’Est de Drummond* est confirmée par la version française du texte. « *Sont en particulier des garanties* » est un passage illustratif, et non limitatif. *Le Robert* (en ligne) définit « en particulier » comme suit : « *particulièrement, notamment, spécialement, surtout* » (nous soulignons). Sans surprise, la version française du par. 224(1.3) a été qualifiée d’« aussi large qu’il est possible de l’écrire » (R. P. Simard, « Priorités et droits spéciaux de la couronne », dans *JurisClasseur Québec — Collection de droit civil — Sûretés* (feuilles mobiles), vol. 1, par P.-C. Lafond, dir., fasc. 4, par. 20). Il n’y a aucune discordance entre les deux versions du texte. La version française correspond parfaitement à l’emploi du verbe « *includes* » dans le texte anglais, et confirme le sens clair de la version anglaise.

[214] Avec égards, nos collègues les juges Côté et Karakatsanis contrecarrent la volonté claire du législateur. Un langage clair et englobant devrait être traité comme tel et ne pas être contourné en tentant désespérément de faire des distinctions dénuées de toute importance sur le plan juridique ou en cherchant ce qui n’est pas expressément mentionné dans le but d’éviter la conclusion, autrement inéluctable, selon laquelle le législateur voulait accorder la priorité absolue à la fiducie réputée.

(3) Conclusion

[215] La conclusion est simple :

1. the Fiscal Statutes give absolute priority to the deemed trusts for source deductions over all security interests notwithstanding the *CCAA*;
2. the priming charges are “security interests” within the meaning of the Fiscal Statutes; and
3. the *CCAA* does not subordinate the claims under the deemed trusts of the Fiscal Statutes to the priming charges.

[216] This is sufficient to decide the appeal: the deemed trusts of the Fiscal Statutes have priority over the priming charges. However, in view of the respondents’ submissions that such a finding leaves the deemed trust provisions in the Fiscal Statutes in conflict with the *CCAA*, and that recognizing the ultimate priority of the Crown’s deemed trust renders certain provisions of the *CCAA* meaningless, we are compelled to explain why this is not so.

C. *The CCAA and the Fiscal Statutes Operate Harmoniously*

(1) The Broad Grant of Authority Under Section 11 of the CCAA Is Not Unlimited

[217] It is not disputed that s. 11 of the *CCAA* contains a grant of broad supervisory discretion and the power to “make any order that it considers appropriate in the circumstances” to give effect to that supervisory role (see J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at pp. 18-19). What is in dispute, however, are the limits to this broad power.

[218] A supervising judge’s authority to grant priming charges was not always contained in the *CCAA*. Prior to the 2009 amendments, it was derived from the courts’ inherent jurisdiction (*Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, at para. 14; Q.B. reasons, at para. 105). While the amendments in some respects represented a codification of the past practice, they clarified how priming charges operated (*CCAA*, ss. 11.2, 11.51 and 11.52). Despite being “the engine driving the statutory scheme”, s. 11’s exercise was expressly stated

1. les lois fiscales donnent à la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source priorité absolue sur toute garantie malgré la *LACC*;
2. les charges super prioritaires sont des « garanties » au sens des lois fiscales;
3. la *LACC* n’accorde pas aux charges super prioritaires préséance sur une réclamation au titre d’une fiducie réputée créée par les lois fiscales.

[216] Il n’en faut pas davantage pour trancher le pourvoi : la fiducie réputée créée par les lois fiscales a préséance sur les charges super prioritaires. Cependant, comme les intimées soutiennent que cette conclusion ferait en sorte que les dispositions relatives à la fiducie réputée contenues dans les lois fiscales entrent en conflit avec la *LACC* et ferait perdre leur sens à certaines dispositions de la *LACC*, nous nous devons d’expliquer pourquoi ce n’est pas le cas.

C. *La LACC et les lois fiscales s’appliquent de façon harmonieuse*

(1) Les larges pouvoirs conférés par l’art. 11 de la LACC ne sont pas sans limites

[217] Il n’est pas contesté que l’art. 11 de la *LACC* confère au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire de surveillance ainsi que le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée » afin de donner effet à ce rôle de surveillance (voir J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 18-19). Ce sont plutôt les limites de ce vaste pouvoir qui sont contestées.

[218] La *LACC* n’a pas toujours conféré à un juge surveillant le pouvoir d’accorder des charges super prioritaires. Avant les modifications de 2009, ce pouvoir découlait de la compétence inhérente du tribunal (*Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, par. 14; motifs de la C.B.R., par. 105). Les modifications visaient, à certains égards, à codifier les pratiques antérieures, mais elles visaient aussi à clarifier le fonctionnement des charges super prioritaires (*LACC*, art. 11.2, 11.51 et 11.52). Bien que l’art. 11 ait été qualifié de « moteur

by Parliament to be “subject to the restrictions set out in this Act” (see *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at paras. 48-49, citing *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at para. 36). Three such restrictions are significant here.

- (a) *The Continued Operation of the Deemed Trusts for Unremitted Source Deductions (Section 37(2))*

[219] The first restriction on the authority to grant priming charges is found in s. 37(2) of the CCAA. This provides for the continued operation of the deemed trusts under the Fiscal Statutes in a CCAA proceeding — a point this Court *repeatedly* highlighted in *Century Services*, at paras. 78-81. At the hearing of this appeal, the respondents argued that s. 37(1) nullifies the Crown’s priority in respect of all deemed trusts under the CCAA, and that s. 37(2) acts merely to reincorporate the deemed trusts under the Fiscal Statutes into CCAA proceedings without their absolute priority. This tortured interpretation misconceives the effect of s. 37(1).

[220] Section 37(1) provides that, despite any deemed trust provision in federal or provincial legislation, “property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision”, but it is expressly made “[s]ubject to subsection (2)”. Through s. 37(2), Parliament also preserved the operation of the deemed trusts under the Fiscal Statutes within CCAA proceedings by providing that “[s]ubsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under [the Fiscal Statutes]”. In the face of Parliament’s clear direction that the deemed trusts operate “notwithstanding” any other enactment, and the express preservation of the deemed trusts in the CCAA, there is simply no basis whatsoever for reading s. 37 as

du régime législatif », le législateur a expressément déclaré que le pouvoir qu’il confère doit être exercé « sous réserve des restrictions prévues par la présente loi » (voir *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 48-49, citant *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 36). Trois restrictions de ce genre importent en l’espèce.

- a) *Le fonctionnement continu des fiducies réputées créées à l’égard des retenues à la source non versées (par. 37(2))*

[219] La première restriction imposée au pouvoir d’accorder des charges super prioritaires est énoncée au par. 37(2) de la LACC, lequel prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée créée par les lois fiscales dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la LACC — un point que notre Cour a souligné *maintes fois* dans l’arrêt *Century Services*, par. 78 à 81. À l’audition du présent pourvoi, les intimées ont soutenu que le par. 37(1) a pour effet de neutraliser la priorité de la Couronne en regard de toutes les fiducies réputées sous le régime de la LACC et que le par. 37(2) vise simplement à réintégrer les fiducies réputées créées par les lois fiscales dans les procédures engagées sous le régime de la LACC, mais sans leur priorité absolue. Cette interprétation tortueuse se méprend sur l’effet du par. 37(1).

[220] Le paragraphe 37(1) prévoit que, par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale en matière de fiducie réputée, « aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [un bien détenu en fiducie pour Sa Majesté] par le seul effet d’une telle disposition ». Toutefois, cela ne s’applique que « [s]ous réserve du paragraphe (2) ». Au moyen du par. 37(2), le législateur a également protégé l’application de la fiducie réputée créée par les lois fiscales dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la LACC en disposant que « [l]e paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des [lois fiscales] ». Étant donné la directive claire du législateur voulant que la fiducie réputée s’applique « malgré » tout autre

invalidating the deemed trust provisions under the Fiscal Statutes only to revive them with a conveniently lesser priority. Such an interpretation finds no support in the text, context, or purpose of the statutory schemes. Rather, all those considerations support the view that the deemed trusts under the Fiscal Statutes are preserved in CCAA proceedings in both form and substance, along with their absolute priority.

[221] Before turning to the second restriction, we note each of our colleagues Karakatsanis J. and Côté J. fail to give effect to Parliament's decision, expressed in clear statutory text, to "preserv[ve] deemed trusts and asser[t] Crown priority only in respect of source deductions" under the CCAA (*Century Services*, at para. 45). For the same reason, the reliance they place on *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, is misconceived. There, the Court held that the deemed trust created by provincial legislation was not a "true trust" so as to fall outside the debtor's property under what is now s. 67(1)(a) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("BIA"). That is not this case. Unlike the deemed trust in *Henfrey*, the deemed trusts of the Fiscal Statutes receive a particular treatment in bankruptcy and insolvency proceeding because they are preserved by s. 37(2) of the CCAA and s. 67(3) of the BIA. Further, while the Court in *Henfrey* concluded that the deemed trust was ineffective in bankruptcy because the commingling of assets rendered the money subject to the deemed trusts untraceable, this rationale has no application to s. 227(4.1). In *First Vancouver*, this Court noted that "by deeming the trust to be effective 'at any time' the debtor is in default, the amendments serve to strengthen the conclusion that the Minister is not required to trace its interest to assets which belonged to the tax debtor at the time the source deductions were made" (para. 37). Again, no conclusions regarding the nature of the deemed trusts flow from the fact that tracing is irrelevant under s. 227(4.1):

texte législatif, ainsi que la protection de la fiducie réputée expressément prévue par la LACC, il n'y a tout simplement aucune raison d'interpréter l'art. 37 comme s'il avait pour effet d'invalider les dispositions relatives à la fiducie réputée contenues dans les lois fiscales pour ensuite les rétablir, comme par hasard, avec une priorité de rang inférieure. Une telle interprétation ne trouve aucun appui dans le libellé, le contexte ou l'objectif des régimes législatifs. Tous ces éléments appuient plutôt la thèse selon laquelle, dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la LACC, la fiducie réputée créée par les lois fiscales est préservée, autant dans la forme que sur le fond, tout comme sa priorité absolue.

[221] Avant de nous pencher sur la deuxième restriction, nous soulignons qu'aucune de nos collègues les juges Karakatsanis et Côté ne donne effet à la décision du législateur, exprimée dans un texte législatif clair, de « préserv[er] les fiducies réputées et [d']établi[r] la priorité de la Couronne seulement à l'égard des retenues à la source » sous le régime de la LACC (*Century Services*, par. 45). Pour la même raison, l'importance qu'elles accordent à l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, est mal fondée. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que la fiducie réputée créée par la loi provinciale n'était pas une « fiducie véritable » exclue du patrimoine de la débitrice en vertu de ce qui est maintenant l'al. 67(1)a) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »). La présente espèce est différente. Contrairement à la fiducie réputée en question dans l'arrêt *Henfrey*, la fiducie réputée créée par les lois fiscales reçoit un traitement particulier dans le cadre d'une procédure en matière de faillite et d'insolvabilité parce qu'elle est préservée par le par. 37(2) de la LACC et le par. 67(3) de la LFI. En outre, bien que la Cour ait conclu dans *Henfrey* que la fiducie réputée était inopérante en cas de faillite du fait que le regroupement des biens rendait non identifiable le montant assujéti à la fiducie réputée, ce raisonnement ne s'applique pas au par. 227(4.1). Dans *First Vancouver*, notre Cour a souligné que « comme elles prévoient l'application de la fiducie réputée en cas de défaut du débiteur (en anglais, « at any time »), les modifications appuient la conclusion que le ministre n'a pas à rattacher

the deemed trusts are statutory instruments and the question is one of operation, *not* characterization.

(b) *Priming Charges Attach Only to the Property of the Debtor Company*

[222] The second restriction on the CCAA’s broad authority to grant priming charges is that the CCAA requires priming charges to attach only to “all or part” of the property of the debtor’s company (s. 11.2(1); see also ss. 11.51(1) and 11.52(1)). Here, Parliament evinces a clear intent to preserve the ultimate priority it afforded the deemed trusts under the Fiscal Statutes. This is because, by operation of s. 227(4.1) of the *ITA* and s. 37(2) of the CCAA, the unremitted source deductions are deemed *not* to form part of the property of the debtor’s company.

[223] Parliament could not have been more explicit: the source deductions are deemed never to form part of the company’s property and, if there is a default in remittances, the Crown is deemed to obtain beneficial ownership in the tax debtor’s property in the amount of the unremitted source deductions that it can collect “notwithstanding” any other enactment or security interest. Whether this is a true ownership interest is irrelevant to this appeal as the legislation *deems* the Crown to obtain beneficial ownership for these purposes. It follows that the priming charges cannot supersede the Crown’s deemed trust claim because they may attach *only to the property of the debtor’s company*, of which Parliament took great care to ensure the source deductions were deemed to form no part. As Michael J. Hanlon explains:

While it has been held that an interim financing charge may rank ahead of the deemed trusts existing in favour

son droit aux biens qui appartaient au débiteur fiscal lorsque les retenues à la source ont été faites » (par. 37). Encore une fois, aucune conclusion quant à la nature de la fiducie réputée ne découle du fait que l’origine du montant qui y est assujéti n’est pas pertinente au regard du par. 227(4.1) : la fiducie réputée est un instrument législatif et la question qui se pose concerne son fonctionnement, *non* sa qualification.

b) *Les charges super prioritaires ne grèvent que les biens de la compagnie débitrice*

[222] La deuxième restriction imposée au vaste pouvoir de constituer des charges super prioritaires que confère la *LACC* est que celle-ci prévoit que les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’à « tout ou partie » des biens de la compagnie débitrice (par. 11.2(1); voir aussi les par. 11.51(1) et 11.52(1)). Le législateur exprime ainsi l’intention claire de préserver la priorité absolue accordée à la fiducie réputée créée par les lois fiscales. Effectivement, par application du par. 227(4.1) de la *LIR* et du par. 37(2) de la *LACC*, les retenues à la source non versées sont réputées *ne pas* faire partie des biens de la compagnie débitrice.

[223] Le législateur n’aurait pas pu être plus clair : les retenues à la source sont réputées ne jamais faire partie des biens de la compagnie et, en cas de non-versement, la Couronne est réputée obtenir un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur fiscal jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées, droit dont elle peut se prévaloir « malgré » tout autre texte législatif ou toute autre garantie. Qu’il s’agisse ou non d’un véritable intérêt propriétaire, cela importe peu en l’espèce, car selon la législation, la Couronne est *réputée* détenir un droit de bénéficiaire à ces fins. Il s’ensuit que les charges super prioritaires ne peuvent pas prendre rang devant la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée puisqu’elles peuvent se rattacher *uniquement* aux biens de la compagnie débitrice, dont les retenues à la source sont réputées ne pas faire partie comme s’en est assuré avec soin le législateur. Comme l’explique Michael J. Hanlon :

[TRADUCTION] Bien qu’il ait été jugé qu’une charge en faveur d’un prêteur temporaire peut prendre rang devant

of the Canada Revenue Agency with respect to amounts owing on account of unremitted source deductions, this appears to be incorrect. Property deemed to be held in trust pursuant to the provisions creating the deemed trust are deemed not to form part of the debtor's estate, and given that those deemed trusts with respect to source deductions, are preserved in a CCAA context, the interim financing charge would not attach to those assets. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(*Halsbury's Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency* (2017 Reissue), at HBI-376)

(c) *The Definition of “Secured Creditor” (Section 2)*

[224] The third restriction on the CCAA's broad authority to grant priming charges is that the court “may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company” (ss. 11.2(2), 11.51(2) and 11.52(2)). Also, the definition of “secured creditor” in s. 2(1) of the CCAA makes it manifestly clear that the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes:

secured creditor means a holder of a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, all or any property of a debtor company as security for indebtedness of the debtor company, or a holder of any bond of a debtor company secured by a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, or a trust in respect of, all or any property of the debtor company, whether the holder or beneficiary is resident or domiciled within or outside Canada, and a trustee under any trust deed or other instrument securing any of those bonds shall be deemed to be a secured creditor for all purposes of this Act except for the purpose of voting at a creditors' meeting in respect of any of those bonds;

This definition highlights two relevant considerations. First, the definition should be read as

une fiducie réputée créée en faveur de l'Agence du revenu du Canada à l'égard d'un montant dû au titre de retenues à la source non versées, cette conclusion semble incorrecte. Les biens réputés être détenus en fiducie en vertu des dispositions créant la fiducie réputée sont considérés comme ne faisant pas partie du patrimoine du débiteur, et puisque la fiducie réputée créée à l'égard des retenues à la source est préservée sous le régime de la LACC, la charge en faveur d'un prêteur temporaire ne se rattacherait pas à ces biens. [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

(*Halsbury's Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency* (réédition 2017), HBI-376)

(c) *La définition de « créancier garanti » (art. 2)*

[224] La troisième restriction imposée au vaste pouvoir de constituer des charges super prioritaires que confère la LACC est que le tribunal « peut préciser, dans l'ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie » (par. 11.2(2), 11.51(2) et 11.52(2)). De plus, selon la définition de « créancier garanti » énoncée au par. 2(1) de la LACC, il est tout à fait clair que la Couronne ne peut être considérée comme tel au regard des réclamations relatives à la fiducie réputée que lui accordent les lois fiscales :

créancier garanti Détenteur d'hypothèque, de gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens d'une compagnie débitrice, ou tout transport, cession ou transfert de la totalité ou d'une partie de ces biens, à titre de garantie d'une dette de la compagnie débitrice, ou un détenteur de quelque obligation d'une compagnie débitrice garantie par hypothèque, gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens de la compagnie débitrice, ou un transport, une cession ou un transfert de tout ou partie de ces biens, ou une fiducie à leur égard, que ce détenteur ou bénéficiaire réside ou soit domicilié au Canada ou à l'étranger. Un fiduciaire en vertu de tout acte de fiducie ou autre instrument garantissant ces obligations est réputé un créancier garanti pour toutes les fins de la présente loi sauf la votation à une assemblée de créanciers relativement à ces obligations.

Cette définition fait ressortir deux considérations pertinentes. Premièrement, la définition devrait être

encompassing two classes of creditors. And second, the use of the word “trust” must be given legal significance.

[225] As to the first consideration, we accept the Crown’s submission that the proper reading of the definition of secured creditor references only two classes of secured creditors: (i) holders of direct security, and (ii) holders of secured bonds. So understood, a secured creditor means either

a holder of a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, all or any property of a debtor company as security for indebtedness of the debtor company,

or

a holder of any bond of a debtor company secured by a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, or a trust in respect of, all or any property of the debtor company

The reference to “trust” appears only in relation to an instrument securing a bond of the debtor company. The definition must be read as “secured creditor means . . . a holder of any bond of a debtor company secured by . . . a trust in respect of, all or any property of the debtor company”. Accordingly, holders of an interest under a deemed trust are not a third class of creditors (A. Prévost, “Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite?” (2016), *75 R. du B.* 23, at p. 58).

[226] While finding this interpretation “initially attractive”, the majority of the Court of Appeal ultimately rejected this reading. It did so because, irrespective of whether the definition needs a third reference to a “holder of a trust” drafted in parallel to the first two classes of creditors, the Crown’s interest could be classified as a “charge” and is therefore captured by the first class of secured creditors

interprétée comme englobant deux catégories de créanciers. Deuxièmement, il faut attribuer de l’importance, sur le plan juridique, à l’emploi du mot « fiducie ».

[225] En ce qui concerne la première considération, nous acceptons l’argument de la Couronne selon lequel la juste interprétation de la définition de créancier garanti ne renvoie qu’à deux catégories de créanciers garantis : (i) les détenteurs de garanties directes; (ii) les détenteurs d’obligations garanties. Par conséquent, on entend par créancier garanti :

un détenteur d’hypothèque, de gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l’ensemble ou une partie des biens d’une compagnie débitrice, ou tout transport, cession ou transfert de la totalité ou d’une partie de ces biens à titre de garantie d’une dette de la compagnie débitrice

ou

un détenteur de quelque obligation d’une compagnie débitrice garantie par hypothèque, gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l’ensemble ou une partie des biens de la compagnie débitrice, ou un transport, une cession ou un transfert de tout ou partie de ces biens, ou une fiducie à leur égard . . .

Le renvoi à la « fiducie » n’est lié qu’à un instrument garantissant une obligation de la compagnie débitrice. La définition de « créancier garanti » inclut donc un « détenteur de quelque obligation d’une compagnie débitrice garantie par [. . .] une fiducie à [l’égard de l’ensemble ou d’une partie des biens de la compagnie débitrice] ». En conséquence, les détenteurs d’un intérêt en vertu d’une fiducie réputée ne forment pas une troisième catégorie de créanciers (A. Prévost, « Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite? » (2016), *75 R. du B.* 23, p. 58).

[226] Bien qu’ils aient trouvé cette interprétation [TRADUCTION] « intéressante à première vue », les juges majoritaires de la Cour d’appel l’ont ultimement rejetée. Selon eux, indépendamment de la question de savoir si la définition devrait faire mention des « détenteurs de fiducie » comme troisième catégorie, le droit de la Couronne pourrait être qualifié de « charge », faisant ainsi d’elle un membre de la

(C.A. reasons, at paras. 42-43). Respectfully, this is incorrect. Deemed trusts are not covered by the word “charge”. To conclude that the word “charge” encompasses “deemed trusts” under the first class of secured creditors when “charge” and “trust” are listed distinctly under the second class of secured creditors (holders of secured bonds) would be incoherent and run contrary to legislative presumptions in statutory interpretation. Why would Parliament include a specific reference to *trusts* if they are already covered by *charge*? Parliament is presumed to avoid “superfluous or meaningless words, [and] phrases” (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 178). The deliberate and distinct text of “trust” and “charge” shows that it was not Parliament’s intention to have holders of deemed trusts subsumed under “charge” such that the Crown in this circumstance would become a secured creditor.

[227] In any case, if there were only one class of creditor, the Crown would not be a secured creditor with respect to the deemed trust claim under the Fiscal Statutes. While Parliament distinguished between “deemed or actual trust[s]” in s. 224(1.3) of the *ITA*, it made no such distinction in the definition of secured creditor. Parliament is presumed to legislate with intent and chose its words carefully. Our role as a court with respect to legislation is interpretation, not drafting. We must ascribe legal significance to Parliament’s choice of text — that is, to the words Parliament chose and *did not* choose.

(d) “*Restrictions*” Under Section 11 of the CCAA

[228] Our colleague Karakatsanis J. agrees with our analysis of the priming charge provisions, but she does not seem to view them as “restrictions” within the meaning of s. 11 because “[t]he general language of s. 11 should not . . . be ‘restricted by the

première catégorie des créanciers garantis (motifs de la C.A., par. 42-43). Avec égards, ce raisonnement est erroné. Le terme « charge » ne vise pas la fiducie réputée. En ce qui concerne la première catégorie de créanciers garantis, conclure que le terme « charge » englobe la « fiducie réputée » alors que les termes « charge » et « fiducie » sont indiqués séparément pour la deuxième catégorie de créanciers garantis (détenteurs d’obligations garanties) serait incohérent et irait à l’encontre des présomptions en matière d’interprétation législative. Pourquoi le législateur ferait-il expressément mention des *fiducies* si celles-ci sont déjà visées par les *charges*? Le législateur est censé éviter « les termes [et] les phrases [. . .] superflus et dénués de sens » (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 178). L’emploi délibéré et distinct des termes « fiducie » et « charge » montre que le législateur ne voulait pas que les fiducies réputées soient visées par le terme « charge » et que la Couronne puisse, à titre de détentrice d’une fiducie réputée, être considérée comme un créancier garanti dans cette situation.

[227] De toute façon, s’il n’y avait qu’une seule catégorie de créanciers, la Couronne ne serait pas un créancier garanti au regard de la réclamation relative à la fiducie réputée créée par les lois fiscales. Alors que le législateur a établi une distinction entre les « fiducies réputées ou réelles » au par. 224(1.3) de la *LIR*, il n’a pas établi la même distinction dans la définition de créancier garanti. Le législateur est présumé légiférer sciemment et choisir ses mots soigneusement. En tant que tribunal, notre rôle en ce qui concerne la législation en est un d’interprétation et non de rédaction. Nous devons attribuer de l’importance, sur le plan juridique, au libellé choisi par le législateur — c’est-à-dire aux termes que le législateur a et à ceux qu’il *n’a pas* choisis.

d) *Les « restrictions » visées à l’art. 11 de la LACC*

[228] Notre collègue la juge Karakatsanis souscrit à notre analyse des dispositions relatives aux charges super prioritaires, mais elle ne semble pas les considérer comme des « restrictions » au sens de l’article 11 parce que « [l]a possibilité [. . .] de rendre

availability of more specific orders” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 170, citing *Century Services*, at para. 70). With respect, as a matter of law and statutory interpretation this view is simply unavailable to our colleague. Neither s. 11 nor the court’s inherent jurisdiction can “empower a judge . . . to make an order negating the unambiguous expression of the legislative will” (*Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 475, at p. 480; see also *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 32). Parliament has imposed clear restrictions on the courts’ power to give priority to priming charges. It is one thing to rely on s. 11 as a source of general authority even when other specific orders are available; it is another to misconstrue s. 11 as a source of unfettered authority to circumvent such unambiguous restrictions. While courts may use their general s. 11 power to create priming charges for purposes other than those that are specifically enumerated (see Wood, at pp. 90-91), Parliament has clearly expressed its intention to restrict any such charge in a critical way — it cannot take priority over the Crown’s deemed trust.

[229] For the same reason, we respectfully find untenable our colleague Justice Moldaver’s suggestion that it is unclear whether there are restrictions *internal* to the CCAA itself that would prevent a court from using its power under s. 11 to order a priming charge in priority to the Crown’s deemed trust claim. This statement does not account for Parliament’s clear intention, recorded in s. 37(2), to preserve the Crown’s right to be paid in absolute priority over all secured creditors in CCAA proceedings. It also renders superfluous the restrictions on the court’s authority to prioritize priming charges under ss. 11.2(2), 11.51(2) and 11.52(2) of the CCAA.

des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre” la portée des termes généraux utilisés à l’art. 11 » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 170, citant *Century Services*, par. 70). À notre humble avis, sur le plan du droit et de l’interprétation législative, notre collègue ne peut tout simplement pas faire valoir ce point de vue. Ni l’art. 11 ni la compétence inhérente du tribunal « n’autorise [un juge] à rendre une ordonnance qui va à l’encontre de la volonté clairement exprimée du législateur » (*Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 475, p. 480; voir aussi *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 32). Le législateur a imposé des restrictions claires au pouvoir des tribunaux d’accorder préséance à des charges super prioritaires. C’est une chose que de se fonder sur l’art. 11 en guise de source de pouvoir général même lorsque d’autres ordonnances plus spécifiques peuvent être rendues; c’en est une autre que d’interpréter l’art. 11, à tort, comme une source de pouvoir absolu de façon à contourner des restrictions sans équivoque. Bien que les tribunaux puissent utiliser le pouvoir général que leur confère l’art. 11 afin de créer des charges super prioritaires à d’autres fins que celles expressément énumérées (voir Wood, p. 90-91), le législateur a clairement manifesté son intention de restreindre cette charge de manière importante — elle ne peut avoir préséance sur la fiducie réputée de la Couronne.

[229] Pour la même raison, nous jugeons, avec égards, insoutenable la proposition de notre collègue le juge Moldaver selon laquelle on ne saurait dire s’il existe des restrictions *internes* à la LACC elle-même qui empêcherait un tribunal d’user du pouvoir que lui accorde l’art. 11 pour ordonner qu’une charge super prioritaire ait préséance sur la réclamation de la Couronne au titre d’une fiducie réputée. Cette affirmation ne tient pas compte de l’intention claire du législateur, consignée au par. 37(2), de préserver le droit de la Couronne d’être payée en priorité absolue aux dépens de tous les créanciers garantis dans une procédure intentée sous le régime de la LACC. Elle rend en outre superflue la limitation du pouvoir du tribunal de primer les charges super prioritaires en vertu des par. 11.2(2), 11.51(2) et 11.52(2) de la LACC.

[230] Further, our colleague Moldaver J. says it is unnecessary to “define the particular nature or operation of the” deemed trust under the *ITA* (para. 255), and relies on the “notwithstanding” language of s. 227(4.1) of the *ITA* to determine whether the Crown’s claim can have priority over priming charges. This interpretation effectively reads in a conflict in the statutory schemes, despite this Court’s clear direction that “an interpretation which results in conflict should be eschewed unless it is unavoidable” (*Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 47). In any event, this is not an *unavoidable* conflict: there is simply *no* conflict. Parliament *avoided* any conflict between the *CCAA* and the *ITA* by imposing restrictions upon the court’s authority under s. 11 of the *CCAA*.

(e) *Structure of Crown Claims Under the CCAA*

[231] Finally, while not a “restrictio[n] set out in [the *CCAA*]”, as specified in s. 11, the cogency of the statutory scheme as a whole depends on an interpretation where the Crown cannot be a secured creditor. This is so because classifying the Crown as “secured creditor” would disrupt the structure of Crown claims that the *CCAA* clearly defines at ss. 37 to 39 (Wood, at p. 98). Section 37 applies to deemed trust claims, with s. 37(1) providing that deemed trusts in favour of the Crown are ineffective under the *CCAA*, as a general rule, and s. 37(2) providing an exemption for the deemed trust for source deductions. Section 38(1) sets out the general rule that the Crown’s secured claims rank as unsecured claims, with specific exemptions at s. 38(2) and (3). Finally, s. 39(1) preserves the Crown’s secured creditor status if it registers before the commencement of the *CCAA* proceedings but, under s. 39(2), that security is subordinate to prior perfected security interests.

[230] De plus, notre collègue le juge Moldaver mentionne qu’il n’est pas nécessaire de « définir la nature ou le fonctionnement particulier » de la fiducie réputée sous le régime de la *LIR* (par. 255), et il s’appuie sur la disposition de dérogation au par. 227(4.1) de la *LIR* pour décider si la réclamation de la Couronne peut prendre rang devant des charges super prioritaires. Cette interprétation a pour effet de créer un conflit dans les régimes législatifs, en dépit de la directive claire de notre Cour selon laquelle « une interprétation qui donne lieu à un conflit devrait être évitée dans la mesure du possible » (*Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 47). Quoi qu’il en soit, ce n’est pas un conflit *inévitabile* : il n’y a tout simplement *aucun* conflit. Le législateur a *évitée* tout conflit entre la *LACC* et la *LIR* en restreignant le pouvoir dont le tribunal est investi par l’art. 11 de la *LACC*.

e) *Structure des réclamations de la Couronne sous le régime de la LACC*

[231] Enfin, bien qu’il ne s’agisse pas d’une « restrictio[n] prévu[e] par la [*LACC*] », comme le précise l’art. 11, la cohérence du régime législatif dans son ensemble dépend d’une interprétation selon laquelle la Couronne n’est pas un créancier garanti. De fait, qualifier la Couronne de « créancier garanti » aurait pour effet de perturber la structure des réclamations de la Couronne que la *LACC* définit de façon claire aux art. 37 à 39 (Wood, p. 98). L’article 37 s’applique aux réclamations au titre d’une fiducie réputée. Le paragraphe 37(1) prévoit que les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne sont inopérantes sous le régime de la *LACC*, de façon générale, et le par. 37(2) prévoit une exemption pour les fiducies réputées créées à l’égard des retenues à la source. Le paragraphe 38(1) établit la règle générale selon laquelle les réclamations garanties de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties, sous réserve des exceptions énoncées aux par. 38(2) et (3). Enfin, le par. 39(1) protège la réclamation garantie de la Couronne si elle a été enregistrée avant l’introduction d’une procédure intentée sous le régime de la *LACC*, mais, suivant le par. 39(2), cette réclamation garantie est subordonnée aux garanties opposables antérieures.

[232] This leads us to question why Parliament would expressly “preserve” the deemed trusts of the Fiscal Statutes by operation of s. 37(2), only then to rank the Crown as an unsecured creditor by the operation of s. 38(1). Unlike the interpretation that affords the deemed trusts ultimate priority, allowing the Crown to be reduced to an unsecured creditor in respect of its deemed trust claims would render s. 37(2) almost meaningless. Further, this interpretation would require the Crown to register its claim under s. 39(1) to preserve its status because the deemed trust is not afforded the exemption under s. 38. It would be illogical for Parliament to confer greater protection on secured claims afforded an exemption under s. 38(2) or (3) than it conferred on deemed trusts for source deductions, when the clear objective was to confer “absolute priority” on the latter (*First Vancouver*, at paras. 26-28).

[233] We note that Professor Wood is not alone in recognizing that “sections 38 and 39 of the CCAA govern the conditions upon which a Crown claim can be viewed as ‘secured’ for the purposes of the CCAA” (F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §79.2). Since the deemed trusts for unremitted source deductions under the Fiscal Statutes do not meet the conditions of these sections, it follows that the Crown’s claim is not “secured”.

[234] In our view, a plain reading of the definition of secured creditor within the context of the broader statutory scheme results in a single inescapable conclusion. That is, there are three classes of Crown claims under the CCAA: (1) claims pursuant to deemed trusts continued under the CCAA; (2) secured claims; and (3) unsecured claims. The claims for unremitted source deductions fall under the first type: claims pursuant to deemed trusts continued under the CCAA.

[232] Ce qui précède nous amène à nous demander pourquoi le législateur aurait expressément « protégé » les fiducies réputées créées par les lois fiscales par l’application du par. 37(2), pour ensuite faire de la Couronne un créancier non garanti par l’application du par. 38(1). Contrairement à l’interprétation qui accorde la priorité absolue à la fiducie réputée, le fait de traiter la Couronne comme un créancier non garanti à l’égard de ses réclamations au titre d’une fiducie réputée ferait perdre presque tout son sens au par. 37(2). En outre, cette interprétation exigerait de la Couronne qu’elle enregistre sa réclamation aux termes du par. 39(1) pour protéger son rang puisque la fiducie réputée n’est pas visée par l’exception prévue à l’art. 38. Il serait illogique que le législateur ait accordé aux réclamations garanties visées par les exceptions prévues aux par. 38(2) ou (3) une protection plus grande que celle accordée à la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source, alors que l’objectif manifeste était de conférer une « priorité absolue » à la fiducie réputée (*First Vancouver*, par. 26-28).

[233] Nous soulignons que le professeur Wood n’est pas seul à reconnaître que les [TRADUCTION] « articles 38 et 39 de la LACC régissent les conditions dans lesquelles une réclamation de la Couronne peut être considérée comme étant “garantie” pour l’application de la LACC » (F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §79.2). Puisque la fiducie réputée créée par les lois fiscales à l’égard des retenues à la source non versées ne satisfait pas aux conditions de ces articles, la réclamation de la Couronne n’est pas « garantie ».

[234] À notre avis, le sens ordinaire de la définition de créancier garanti dans le contexte du régime législatif général ne peut donner lieu qu’à une seule conclusion inéluctable, à savoir qu’il existe trois catégories de réclamations de la Couronne en vertu de la LACC : (1) les réclamations au titre d’une fiducie réputée maintenue en vigueur sous le régime de la LACC; (2) les réclamations garanties; (3) les réclamations non garanties. Les réclamations à l’égard des retenues à la source non versées entrent dans la première catégorie, soit les réclamations au titre d’une fiducie réputée maintenue sous le régime de la LACC.

(2) Recognizing the Ultimate Priority of the Crown's Deemed Trust Does Not Defeat the Purpose of any Provision of the CCAA

[235] For two further and related reasons, the majority at the Court of Appeal and the respondents resist the conclusion that the Crown's deemed trust enjoys absolute priority.

(a) *Protection of Crown Claims Under Section 6(3)*

[236] First, the majority held that granting ultimate priority to the deemed trusts would render s. 6(3) of the CCAA meaningless. This provision prohibits the court from sanctioning a compromise or arrangement unless it provides for payment in full to the Crown, within six months of the sanction of the plan, of all amounts due to the Crown. The majority reasoned that if the Crown is always paid first for its deemed trust claims under the Fiscal Statutes, there would be no need to protect the Crown claims under s. 6(3).

[237] Respectfully, this conclusion is erroneous. A review of the purpose and scope of s. 6(3) of the CCAA is clear: it operates only where there is an arrangement or compromise put to the court, and it protects the entirety of the Crown claim pursuant to s. 224(1.2) of the ITA and similar provisions of the Fiscal Statutes. This includes claims *not* subject to the deemed trusts under the Fiscal Statutes, such as income tax withholdings, employer contributions to employment insurance and CPP, interest and penalties. In contrast, the deemed trusts arise immediately and operate continuously “from the time the amount was deducted or withheld” from the employee's remuneration, and apply to *only those* deductions. It follows, then, that, without s. 6(3), the Crown would be guaranteed entitlement only to unremitted source deductions when the court sanctions a compromise or arrangement, and not to its other claims under s. 224(1.2) of the ITA. This is because most of the

(2) Reconnaître la priorité absolue de la fiducie réputée de la Couronne ne va à l'encontre de l'objectif d'aucune disposition de la LACC

[235] Pour deux autres raisons connexes, les juges majoritaires de la Cour d'appel et les intimées refusent de conclure que la fiducie réputée de la Couronne bénéficie d'une priorité absolue.

a) *Protection des réclamations de la Couronne en application du par. 6(3)*

[236] Premièrement, les juges majoritaires ont statué que le fait d'accorder une priorité absolue à la fiducie réputée ferait perdre son sens au par. 6(3) de la LACC. Cette disposition interdit au tribunal d'homologuer une transaction ou un arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à la Couronne, dans les six mois suivant l'homologation, de toutes les sommes qui lui sont dues. Les juges majoritaires ont estimé que si les réclamations de la Couronne au titre d'une fiducie réputée créée par les lois fiscales sont toujours payées en priorité, il n'y a pas lieu de protéger les réclamations de la Couronne visées par le par. 6(3).

[237] Avec égards, cette conclusion est erronée. L'examen de l'objectif et de la portée du par. 6(3) de la LACC est sans équivoque : ce paragraphe s'applique seulement si une transaction ou un arrangement est soumis au tribunal, et il protège l'intégralité de la réclamation de la Couronne au titre du par. 224(1.2) de la LIR et des dispositions semblables des lois fiscales. Sont comprises les réclamations qui *ne sont pas* assujetties à une fiducie réputée créée par les lois fiscales, comme les retenues d'impôt, les cotisations d'un employeur à l'assurance-emploi et au RPC, les intérêts et les pénalités. En revanche, la fiducie réputée s'applique immédiatement et de façon continue « à compter du moment où le montant est déduit ou retenu » sur le salaire d'un employé, et elle s'applique *uniquement à ces* retenues. Par conséquent, en l'absence du par. 6(3), les réclamations de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées seraient garanties une fois que le tribunal

Crown's claims rank as unsecured under s. 38 of the *CCAA*.

[238] It bears emphasizing that s. 6(3) does *not* apply where no arrangement is proposed or to *CCAA* proceedings which involve the liquidation of the debtor's assets. Such "liquidating *CCAAs*" are "now commonplace in the *CCAA* landscape" (*Callidus Capital Corp.*, at para. 42). The absolute priority of the deemed trusts under the Fiscal Statutes, continued by s. 37(2) of the *CCAA*, provides protection to the Crown's claim for unremitted source deductions in liquidating *CCAAs*. Each of our colleagues Côté and Karakatsanis JJ. deprive the Crown of its guaranteed entitlements in such cases, despite Parliament having unambiguously granted "absolute priority" to claims for unremitted source deductions (Department of Finance Canada).

[239] We note that our colleague Karakatsanis J. does not conclude that s. 6(3) is rendered nugatory by our interpretation; rather, she says that, since the term "beneficial ownership" as it is used in the deemed trusts does not have the same meaning at common law, we must look to the *CCAA* to ascertain the Crown's rights. This "manipulation of private law concepts, without settled meaning", she further says, raises the question of *how* the deemed trust survives under the *CCAA* (para. 181). And the answer, she finds, is furnished by s. 6(3).

[240] This is wrong for three reasons. First, there is no question as to how the deemed trust survives. Section 37(2) operates to exempt the deemed trusts under the Fiscal Statutes from any change in form or substance under the *CCAA*; this continues the operation of s. 227(4.1), which confers absolute priority on the Crown's claim to the deemed trusts under the Fiscal Statutes. In other words, the deemed trust

aurait homologué une transaction ou un arrangement, mais pas ses autres réclamations visées par le par. 224(1.2) de la *LIR*. En effet, la plupart des réclamations de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties en application de l'art. 38 de la *LACC*.

[238] Il importe de souligner que le par. 6(3) *ne* s'applique *pas* si aucun arrangement n'est proposé ni dans le cadre d'une procédure engagée sous le régime de la *LACC* qui comprend la liquidation des actifs du débiteur. De telles « procédures de liquidation sous le régime de la *LACC* » sont « maintenant couran[tes] dans le contexte de la *LACC* » (*Callidus Capital Corp.*, par. 42). La priorité absolue de la fiducie réputée créée par les lois fiscales, et maintenue par le par. 37(2) de la *LACC*, protège la réclamation de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées dans le cadre de procédures de liquidation sous le régime de la *LACC*. Nos collègues les juges Karakatsanis et Côté privent toutes deux la Couronne de son droit garanti en pareils cas, alors que le législateur a pourtant clairement accordé la « priorité absolue » aux réclamations à l'égard des retenues à la source non versées (Ministère des Finances du Canada).

[239] Nous soulignons que notre collègue la juge Karakatsanis ne conclut pas que le par. 6(3) est rendu inopérant par notre interprétation. Elle affirme plutôt que, comme le terme « droit de bénéficiaire » utilisé dans le contexte de la fiducie réputée n'a pas la même signification en common law, nous devons nous tourner vers la *LACC* pour déterminer les droits de la Couronne. Elle ajoute que cette « adaptation de concepts de droit privé sans signification établie » soulève la question de savoir *comment* la fiducie réputée survit sous le régime de la *LACC* (par. 181). À son avis, la réponse réside dans le par. 6(3).

[240] Cette conclusion est erronée pour trois raisons. Premièrement, aucune question ne se pose quant à la façon dont la fiducie réputée survit. Le paragraphe 37(2) s'applique de façon à soustraire la fiducie réputée créée par les lois fiscales à tout changement de forme ou de fond sous le régime de la *LACC*; est ainsi maintenue l'application du par. 227(4.1), lequel confère une priorité absolue à

survives as it was under the Fiscal Statutes. It is unsurprising, therefore, that this Court did not opine on *how* the trust “survives” in *CCAA* proceedings in *Century Services*: it is, with respect, plain and obvious.

[241] Secondly, our colleague Karakatsanis J.’s suggestion that the understanding of the rights conferred on the Crown under the deemed trust must arise from reading s. 6(3) of the *CCAA* entirely by-passes the text of the *ITA* which specifically sets out those rights. After providing that the Crown has “beneficial ownership” of the value of the unremitted source deduction, the *ITA* continues: “. . . the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests” (s. 227(4.1)). This is the right of the Crown under the deemed trust, and our colleague fails to give effect to this right.

[242] Finally, as we have discussed, s. 6(3) protects different interests than those captured by the deemed trusts. If s. 6(3) were to exhaust the Crown’s rights under the *CCAA*, our colleague Karakatsanis J. correctly observes that “there may be some risk to the Crown that the plan [under s. 6(3)] may fail, and the Crown may not be paid in full if the restructuring dissolves into liquidation and the estate is depleted in the interim” (para. 155 (emphasis added)). This, however, only supports our interpretation. The right “not to have to compromise” under s. 6(3) is a right independent of the Crown’s right under deemed trusts (para. 155 (emphasis deleted)).

(b) *Power to Stay the Crown’s Garnishment Right (Section 11.09)*

[243] Secondly, the majority at the Court of Appeal and the respondents say that giving effect to the clear statutory wording would be contrary to the purpose of s. 11.09 of the *CCAA*, which grants courts the power to stay the Crown’s garnishment right under

la réclamation de la Couronne au titre d’une fiducie réputée créée par les lois fiscales. En d’autres mots, la fiducie réputée survit telle qu’elle était en application des lois fiscales. Il n’est donc pas étonnant que notre Cour ne se soit pas prononcée sur la *façon* dont la fiducie « survit » dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC* dans l’arrêt *Century Services* : la réponse est, avec égards, évidente et manifeste.

[241] Deuxièmement, la proposition de notre collègue la juge Karakatsanis, selon laquelle les droits conférés à la Couronne au titre de la fiducie réputée doivent découler de la lecture du par. 6(3) de la *LACC* passe complètement à côté du texte de la *LIR* qui énonce expressément ces droits. Après avoir disposé que la Couronne détient un « droit de bénéficiaire » sur la valeur des retenues à la source non versées, la *LIR* ajoute ce qui suit : « . . . le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie » (par. 227(4.1)). Voilà le droit qui revient à la Couronne au titre de la fiducie réputée, et notre collègue ne donne pas effet à ce droit.

[242] Enfin, comme nous l’avons vu, le par. 6(3) protège des droits différents de ceux visés par la fiducie réputée. Si le par. 6(3) évacue les droits de la Couronne sous le régime de la *LACC*, notre collègue la juge Karakatsanis fait remarquer à juste titre qu’il « y a peut-être un risque que le plan échoue et que la Couronne ne soit pas payée intégralement si la restructuration se solde par une liquidation et que le patrimoine a été épuisé en cours de route » (par. 155 (nous soulignons)). Toutefois, cette observation ne fait qu’appuyer notre interprétation. Le droit « de ne pas avoir à transiger » qu’accorde le par. 6(3) est indépendant du droit de la Couronne au titre de la fiducie réputée (par. 155 (italique omis)).

(b) *Pouvoir de suspendre l’exercice, par la Couronne, de son droit de saisie-arrêt (art. 11.09)*

[243] Ensuite, les juges majoritaires de la Cour d’appel et les intimés soutiennent que donner effet au texte législatif clair irait à l’encontre de l’objectif de l’art. 11.09 de la *LACC*, lequel confère au tribunal le pouvoir de suspendre le droit de saisie-arrêt de

the *ITA* (C.A. reasons, at para. 54). This demonstrates, the argument goes, Parliament's intent to have the court exercise control over the Crown's interests while monitoring the restructuring proceedings. On this view, granting absolute priority to the deemed trusts under the Fiscal Statutes necessarily implies that s. 11.09 of the *CCAA* does not apply to the deemed trust claim.

[244] Again respectfully, this is not so. A court-ordered stay of garnishments under s. 11.09 of the *CCAA* can apply to the Crown's deemed trust claims under the Fiscal Statutes because the deemed trust provisions and s. 11.09 each serve different purposes: the deemed trusts grant a priority to the Crown, while s. 11.09 imposes conditions on when and how the Crown can enforce its garnishment rights under s. 224(1.2) of the *ITA*. In other words, s. 11.09 permits the Court to stay the Crown's ability to enforce its claims under the deemed trusts, but it does not remove its priority.

[245] The critical point is this: giving effect to Parliament's clear intent to grant absolute priority to the deemed trust does not render s. 6(3) or s. 11.09 meaningless. To the contrary, s. 6(3) and s. 11.09 respect the ultimate priority of the deemed trusts under the Fiscal Statutes by allowing for the ultimate priority of the Crown claim to persist, while not frustrating the remedial purpose of the *CCAA*.

(3) Conclusion

[246] As with our discussion of the deemed trust's absolute priority, the harmonious operation of the *CCAA* and the Fiscal Statutes can be summarized as follows:

1. the *CCAA* preserves the Crown's right to be paid in priority to all security interests for its claims for source deductions under the Fiscal Statutes;

la Couronne en vertu de la *LIR* (motifs de la C.A., par. 54). Si l'on en croit cet argument, le législateur voulait permettre au tribunal d'exercer un contrôle sur les droits de la Couronne tout en surveillant le processus de restructuration. Dans cette optique, accorder la priorité absolue à la fiducie réputée créée par les lois fiscales signifie nécessairement que l'art. 11.09 de la *LACC* ne s'applique pas à la réclamation relative à une fiducie réputée.

[244] Encore avec égards, ce n'est pas le cas. Une ordonnance de suspension de la saisie-arrêt en vertu de l'art. 11.09 de la *LACC* peut s'appliquer aux réclamations de la Couronne relatives à la fiducie réputée créée par les lois fiscales, parce que les dispositions en matière de fiducie réputée et l'art. 11.09 servent des fins différentes : la fiducie réputée accorde une priorité à la Couronne, tandis que l'art. 11.09 impose des conditions quant au moment et à la façon dont la Couronne peut exercer son droit de saisie-arrêt au titre du par. 224(1.2) de la *LIR*. En d'autres mots, l'art. 11.09 permet au tribunal de suspendre la faculté de la Couronne d'exécuter ses réclamations relatives à une fiducie réputée, mais il n'écarte pas la priorité de la Couronne.

[245] Le point crucial est le suivant : donner effet à l'intention claire du législateur d'accorder la priorité absolue à la fiducie réputée ne rend pas le par. 6(3) ou l'art. 11.09 dénué de sens. Au contraire, le par. 6(3) et l'art. 11.09 respectent la priorité absolue de la fiducie réputée créée par les lois fiscales en permettant le maintien de la priorité absolue de la réclamation de la Couronne sans contrecarrer l'objet réparateur de la *LACC*.

(3) Conclusion

[246] Comme nous l'avons mentionné au sujet de la priorité absolue de la fiducie réputée, l'application harmonieuse de la *LACC* et des lois fiscales peut se résumer ainsi :

1. la *LACC* protège le droit de la Couronne d'être payée par priorité sur toute garantie pour ses réclamations à l'égard de retenues à la source en vertu des lois fiscales;

- | | |
|---|--|
| <p>2. under the <i>CCAA</i>, the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes;</p> <p>3. as priming charges can attach only to the debtor’s property, and as Parliament has made it clear that unremitted source deductions form no part of the debtor’s property, the Crown’s interest under the deemed trust is not subject to the priming charges;</p> <p>4. section 6(3) of the <i>CCAA</i>, which operates only where there is an arrangement or compromise put to the court, protects the entirety of the Crown claim under s. 224(1.2) of the <i>ITA</i> and similar provisions of the Fiscal Statutes; and</p> <p>5. the deemed trust’s grant of priority to the Crown is unaffected by s. 11.09, which instead imposes conditions on when and how the Crown can enforce its garnishment rights under s. 224(1.2) of the <i>ITA</i>.</p> <p>D. <i>Policy Reasons Do Not Support a Different Interpretation</i></p> | <p>2. sous le régime de la <i>LACC</i>, la Couronne n’est pas un « créancier garanti » à l’égard de ses réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales;</p> <p>3. comme les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’aux biens du débiteur, et le législateur a indiqué clairement que les retenues à la source non versées ne font pas partie des biens du débiteur, l’intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée n’est pas subordonné aux charges super prioritaires;</p> <p>4. le paragraphe 6(3) de la <i>LACC</i>, qui s’applique seulement si une transaction ou un arrangement a été soumis au tribunal, protège l’intégralité de la réclamation de la Couronne visée par le par. 224(1.2) de la <i>LIR</i> et les dispositions semblables des lois fiscales;</p> <p>5. la priorité accordée à la Couronne au titre de la fiducie réputée n’est pas touchée par l’art. 11.09, qui impose plutôt des conditions quant au moment et à la façon dont la Couronne peut exercer son droit de saisie-arrêt en vertu du par. 224(1.2) de la <i>LIR</i>.</p> <p>D. <i>Des considérations de politique générale n’appuient pas une interprétation différente</i></p> |
|---|--|

[247] The majority of the Court of Appeal and the respondents place significant weight on what they view as the potentially “absurd consequences” that would result from concluding that the deemed trusts under the Fiscal Statutes have priority over the priming charges. The same point implicitly underlies our colleague Côté J.’s reasons. Indeed, the majority at the Court of Appeal went as far as to warn that, under this interpretation, interim financing would “simply end”, an assertion that “almost certainly goes too far” (C.A. reasons, at para. 50; Wood, at p. 99). It added that it would lead to more business failures and, in turn, undermine tax collection (paras. 48 and 50). We disagree.

[247] Les juges majoritaires de la Cour d’appel et les intimées accordent une grande importance aux conséquences, qu’ils jugent potentiellement [TRADUCTION] « absurdes », qu’aurait le fait de conclure que la fiducie réputée créée par les lois fiscales a préséance sur les charges super prioritaires. Le même avis sous-tend implicitement les motifs de notre collègue la juge Côté. En effet, les juges majoritaires de la Cour d’appel sont allés jusqu’à affirmer que, suivant cette interprétation, le financement temporaire [TRADUCTION] « prendrait tout simplement fin », une affirmation qui « est presque assurément exagérée » (motifs de la C.A., par. 50; Wood, p. 99). Ils ont ajouté que cette interprétation mènerait à davantage de faillites d’entreprises et, partant, nuirait à la perception des impôts (par. 48 et 50). Nous sommes en désaccord.

[248] The “absurd consequences” identified by the majority at the Court of Appeal rest on faulty premises. The conclusion that interim financing would “simply end” was not supported by the record. The majority extrapolated from admittedly incomplete and dated data about interim financing drawn from a textbook which does not indicate the presence of a deemed trust claim. This sweeping statement elides cases where there is no interim lending and cases, such as this one, where the debtor’s assets are sufficient to satisfy both the interim lending and the Crown’s deemed trust claim. This is an omission that cannot be readily ignored as there are usually enough funds available to satisfy both the Crown claim *and* the court-ordered priming charges (Wood, at p. 100). Equally unfounded is the majority’s claim that confirming the priority of the deemed trusts of the Fiscal Statutes would “inject an unacceptable level of uncertainty into the insolvency process” (C.A. reasons, at para. 51). A company applying under the CCAA is required to provide its financial statements (s. 10(2)(c)), which include the source deductions owed to the Crown. Interim lenders can rely on this information to evaluate the risk of providing financing.

[249] Moreover, the majority at the Court of Appeal did not consider that Parliament can, and did, choose to prioritize the integrity of the tax system over the interests of secured creditors. Indeed, and with respect, the majority’s own interpretation arguably itself produces absurd results, whereby employees’ gross remuneration are conscripted as a subsidy to secure interim financing and the services of insolvency professionals.

[250] We therefore do not remotely see the consequences of our interpretation as rising to the level of absurdity. And Parliament has unambiguously struck

[248] Les [TRADUCTION] « conséquences absurdes » dont parlent les juges majoritaires de la Cour d’appel reposent sur de fausses prémisses. La conclusion selon laquelle le financement temporaire « prendrait tout simplement fin » n’était pas étayée par le dossier. Les juges majoritaires ont extrapolé à partir de données incomplètes et désuètes sur le financement temporaire tirées d’un ouvrage qui ne fait aucune mention de réclamations relatives à une fiducie réputée. Il s’agit d’une affirmation péremptoire qui élude les cas dans lesquels le débiteur ne reçoit aucun financement temporaire et les cas, comme en l’espèce, dans lesquels les actifs du débiteur sont suffisants pour couvrir à la fois le financement temporaire et la réclamation de la Couronne relative à la fiducie réputée. Cette omission ne peut être facilement ignorée puisque les fonds disponibles suffisent généralement à couvrir la réclamation de la Couronne *et* les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal (Wood, p. 100). Est également sans fondement l’affirmation des juges majoritaires selon laquelle le fait de confirmer la priorité de la fiducie réputée créée par les lois fiscales [TRADUCTION] « introduirait un niveau d’incertitude inacceptable dans le processus de faillite » (motifs de la C.A., par. 51). Une compagnie qui présente une demande sous le régime de la LACC est tenue de fournir ses états financiers (al. 10(2)c)) indiquant les retenues à la source dues à la Couronne. Les prêteurs temporaires peuvent se fonder sur ces renseignements pour évaluer le risque d’offrir un financement.

[249] De plus, les juges majoritaires de la Cour d’appel n’ont pas tenu compte du fait que le législateur peut choisir, et a choisi, d’accorder à l’intégrité du régime fiscal la priorité sur les droits des créanciers garantis. En effet, avec égards, on pourrait soutenir que l’interprétation des juges majoritaires produit elle-même des résultats absurdes, à savoir que le salaire brut des employés est utilisé comme subvention pour obtenir le financement temporaire et les services des professionnels de l’insolvabilité.

[250] Par conséquent, nous ne croyons absolument pas que les conséquences de notre interprétation constituent une absurdité. Le législateur a, de

the balance it considered appropriate in pursuit of the dual objectives of collecting unremitted source deductions, which are not the property of the debtor, and avoiding the “devastating social and economic effects of bankruptcy” (*Century Services*, at para. 59, quoting *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), at p. 306, per Doherty J.A., dissenting). Whether s. 227(4.1) of the *ITA* is an effective means to protect the fiscal base or whether “the Crown is biting off the hand that feeds it” are not questions that this Court has the competence or legitimacy to answer (C.A. reasons, at para. 48).

[251] In any event, even were there evidence that giving priority to the deemed trusts under the Fiscal Statutes over the priming charges produced absurd results, our conclusion would be no different. The presumption against absurdity is exactly that: a presumption. Nothing more. Illogical consequences flowing from the application of a statute do not give rein to courts to disregard clear legislative intent. As Lamer C.J. noted in *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 41, “Parliament . . . has the right to legislate illogically (assuming that this does not raise constitutional concerns). And if Parliament is not satisfied with the judicial application of its illogical enactments, then Parliament may amend them accordingly.”

[252] Here, Parliament’s intention to give absolute priority to the deemed trust of the Fiscal Statutes is unequivocal. Our role is to give effect to this intention.

III. Disposition

[253] We would allow the appeal. The respondents should be entitled to costs in accordance with “Schedule B” to the regulations (*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156). There are no exceptional circumstances that would justify enhanced costs. Despite the appeal being moot, it was not improper for the Crown to seek the correct interpretation of the Fiscal Statutes.

façon non équivoque, établi l’équilibre qu’il estimait juste au regard du double objectif de recouvrer les retenues à la source non versées, qui ne font pas partie des biens du débiteur, et d’éviter les [TRADUCTION] « effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite » (*Century Services*, par. 59, citant *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), p. 306, le juge Doherty, dissident). Notre Cour ne dispose ni de la compétence ni de la légitimité nécessaires pour trancher les questions de savoir si le par. 227(4.1) de la *LIR* constitue un moyen efficace de protéger l’assiette fiscale ou de savoir si [TRADUCTION] « la Couronne mord la main qui la nourrit » (motifs de la C.A., par. 48).

[251] De toute façon, même si des éléments de preuve démontraient que la préséance de la fiducie réputée créée par les lois fiscales sur les charges super prioritaires donnait des résultats absurdes, notre conclusion ne serait pas différente. La présomption contre l’absurdité n’est rien de plus qu’une présomption. Des conséquences illogiques découlant de l’application d’une loi ne permettent pas aux tribunaux de faire fi de l’intention claire du législateur. Comme le juge en chef Lamer l’a souligné dans *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 41, « le législateur a le droit de légiférer de façon illogique (pourvu que cela ne soulève pas de préoccupations d’ordre constitutionnel). Si le législateur n’est pas satisfait de l’application que les tribunaux accordent aux textes législatifs illogiques, il peut les modifier en conséquence. »

[252] En l’espèce, l’intention du législateur d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée créée par les lois fiscales est sans équivoque. Notre rôle est de donner effet à cette intention.

III. Dispositif

[253] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi. Les intimées ont droit aux dépens conformément à l’annexe B du règlement (*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156). Il n’y a aucune circonstance exceptionnelle qui justifierait des dépens majorés. Malgré le caractère théorique du pourvoi, la Couronne a, à bon droit, sollicité une interprétation juste des lois fiscales.

The following are the reasons delivered by

[254] MOLDAVER J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues, Justice Côté, Justice Karakatsanis, and Justices Brown and Rowe. While I substantially agree with the analysis and conclusions of Brown and Rowe JJ., there are two points that I wish to address.

[255] First, unlike Brown and Rowe JJ., I see no reason to define the particular nature or operation of the Crown’s interest under s. 227(4.1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), in the context of proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”). While a future appeal may require this Court to determine exactly how the Crown’s interest under s. 227(4.1) “survives”, and whether it amounts to some form of ownership interest in the debtor’s property, as Brown and Rowe JJ. maintain, some form of security interest in that property, or something else entirely (e.g., a right not to have to compromise, as Karakatsanis J. maintains), such an inquiry is not necessary in this case. Properly interpreted, the relevant provisions of the *CCAA* and *ITA* work in harmony to direct that the Crown’s interest — in whatever form it takes — must be given priority over court-ordered priming charges. This conclusion is sufficient to dispose of the appeal.

[256] In my view, to the extent that Brown and Rowe JJ. conclude that the Crown’s interest under s. 227(4.1) affords the Crown beneficial ownership over the source deductions such that “the source deductions are deemed never to form part of the company’s property”, they have effectively decided the appeal by two paths — first, by way of the Crown’s absolute priority under s. 227(4.1), and second, by way of the Crown’s beneficial ownership over any unremitted source deductions (para. 223). As they note, if the Crown’s interest amounts to an ownership interest and unremitted source deductions do not

Version française des motifs rendus par

[254] LE JUGE MOLDAVER (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs de mes collègues, soit ceux de la juge Côté, ceux la juge Karakatsanis, ainsi que ceux des juges Brown et Rowe. Bien que je souscrive pour l’essentiel à l’analyse et aux conclusions des juges Brown et Rowe, il y a deux points que je tiens à aborder.

[255] En premier lieu, contrairement aux juges Brown et Rowe, je ne vois aucune raison de définir la nature ou le fonctionnement particulier du droit que le par. 227(4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), confère à la Couronne dans le cadre des procédures intentées sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »). Bien qu’un futur pourvoi puisse nécessiter que notre Cour précise les circonstances exactes dans lesquelles les intérêts conférés à la Couronne en vertu du par. 227(4.1) « survivent » et s’ils peuvent être assimilés à une certaine forme d’intérêt propriétaire sur les biens du débiteur, comme l’affirment les juges Brown et Rowe, à une certaine forme de garantie sur ces biens, ou à quelque chose de complètement différent (p. ex., un droit de ne pas avoir à transiger, comme l’affirme la juge Karakatsanis), une telle analyse n’est pas nécessaire en l’espèce. Correctement interprétées, les dispositions pertinentes de la *LACC* et de la *LIR* s’harmonisent de façon à ce que l’intérêt de la Couronne — quel qu’il soit — ait priorité sur les charges super prioritaires d’origine judiciaire. Cette conclusion suffit pour trancher le pourvoi.

[256] À mon avis, dans la mesure où ils estiment que l’intérêt que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) lui confère un droit de bénéficiaire sur les retenues à la source, de sorte que « les retenues à la source sont réputées ne jamais faire partie des biens de la compagnie », les juges Brown et Rowe ont effectivement tranché le pourvoi par deux voies distinctes : tout d’abord en reconnaissant la priorité absolue dont bénéficie la Couronne en vertu du par. 227(4.1), et, ensuite, en reconnaissant le droit de bénéficiaire qu’elle possède sur les retenues à la source non versées (par. 223). Comme ils le font

form part of the debtor company's property, priming charges could never attach to those source deductions, whether ordered under the specific priming charge provisions or the court's broad power under s. 11 of the *CCAA* (paras. 222-23). If this is indeed the case, it is not clear that the issue of competing priority between the Crown's interest and court-ordered priming charges ever arises, as the source deductions would be simply inaccessible to anyone other than the Crown. As I am not necessarily convinced that the Crown's interest under s. 227(4.1) amounts to an ownership interest, and as the Crown's absolute priority does not depend on this conclusion, I would leave the question of the nature of the Crown's interest to another day.

[257] Second, while I agree with Brown and Rowe JJ. that s. 37(2) of the *CCAA* can be interpreted as an internal restriction on s. 11, I hesitate to accept this conclusion, as it strikes me that in order to give proper effect to Parliament's intention for s. 11 to serve as the "engine" that drives the *CCAA* and empowers supervising judges to further its remedial objectives, any restrictions on that discretionary power should be explicit and unambiguous (*9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at para. 48, citing *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at para. 36). With respect, s. 37(2) does not amount to such an explicit and unambiguous restriction. Rather, s. 37(2) is a simple exception to s. 37(1), which serves to nullify the effect of any statutory provision that deems property to be held in favour of the Crown:

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

observer, si l'intérêt de la Couronne équivaut à un intérêt propriétaire et les retenues à la source non versées ne font pas partie des biens de l'entreprise débitrice, les charges super prioritaires ne peuvent en aucun cas grever les retenues à la source, qu'elles soient constituées en vertu des dispositions spécifiques relatives aux charges super prioritaires ou en vertu du pouvoir général conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC* (par. 222-223). Si c'est effectivement le cas, il n'est pas évident que se soulève même un problème de priorités concurrentes entre l'intérêt de la Couronne et la charge super prioritaire d'origine judiciaire, puisque personne d'autre que la Couronne n'a accès aux retenues à la source. Comme je ne suis pas nécessairement convaincu que l'intérêt que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) équivaut à un intérêt propriétaire, et comme la priorité absolue de la Couronne ne dépend pas de cette conclusion, je remettrais à une autre occasion l'examen de la nature du droit de la Couronne.

[257] En deuxième lieu, bien que je convienne avec les juges Brown et Rowe que le par. 37(2) de la *LACC* peut être interprété comme une restriction interne à l'art. 11, j'hésite à accepter cette conclusion, car il me semble que, pour donner un effet approprié à l'intention du législateur de faire de l'art. 11 le « moteur » de la *LACC* qui confère aux juges surveillants le pouvoir de favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de cette loi, toute restriction à ce pouvoir discrétionnaire devrait être explicite et non équivoque (*9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 48, citant *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 36). Avec égards, le par. 37(2) ne constitue pas une restriction explicite et non équivoque. Le paragraphe 37(2) est plutôt une simple exception au par. 37(1), qui vise à annuler l'effet de toute disposition législative selon laquelle les biens sont réputés être détenus en faveur de la Couronne :

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

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*

[258] In effect, then, the function of s. 37(2) is merely to preserve the Crown’s deemed trust under s. 227(4.1) from extinguishment under s. 37(1). In preserving the Crown’s interest, however, “s. 37(2) does not explain what to do with that right for the purposes of a *CCAA* proceeding”, nor does it say anything that would limit the court’s power under s. 11 to order priming charges in priority to the Crown’s deemed trust claim (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 153). Indeed, as Karakatsanis J. notes, “[t]here is no provision in the *CCAA* stipulating what the court can do with trust property and no provision in the *CCAA* conferring more specific jurisdiction on whether a priming charge can rank ahead of the beneficiary of a deemed trust” (para. 176). Rather, it is only when one looks to s. 227(4.1) that the absolute priority of the Crown’s interest — and the resulting limitations on s. 11 — become apparent. It is thus not entirely clear that interpreting s. 37(2) as an internal restriction accords with the function of s. 37(2) or the leeway that Parliament intended for the scope of powers under s. 11. In other words, the relationship between ss. 11 and 37(2) may not be as clear-cut as my colleagues seem to suggest. Accordingly, while I ultimately agree with Brown and Rowe JJ. that s. 37(2) can be interpreted as an internal restriction so as to avoid a conflict between the *CCAA* and *ITA*, I feel it important to explain that, if this interpretation is mistaken, s. 11 is nonetheless restricted by the external text of s. 227(4.1).

[259] If s. 37(2) does not amount to an internal restriction on s. 11, using s. 11 to prioritize priming charges over the Crown’s deemed trust claim would put the provision in direct conflict with s. 227(4.1) which, as my colleagues Brown and Rowe JJ. have

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*

[258] En réalité, le par. 37(2) vise simplement à empêcher que la fiducie réputée de la Couronne en vertu du par. 227(4.1) soit éteinte par application du par. 37(1). Toutefois, bien qu’il vise à protéger l’intérêt de la Couronne, « le par. 37(2) n’explique pas quoi faire de ce droit dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la *LACC* », et il ne renferme aucune disposition qui limiterait le pouvoir que possède le tribunal en vertu de l’art. 11 d’ordonner que des charges super prioritaires prennent rang devant la fiducie réputée de la Couronne (motifs de la juge Karakatsanis, par. 153). D’ailleurs, comme le signale la juge Karakatsanis, « [a]ucune disposition de la *LACC* n’indique ce que le tribunal peut faire avec les biens de la fiducie et aucune disposition de la *LACC* ne confère plus précisément compétence pour décider si une charge super prioritaire peut prendre rang devant le bénéficiaire de la fiducie réputée » (par. 176). Au contraire, ce n’est en fait que lorsqu’on examine le par. 227(4.1) que la priorité absolue de l’intérêt de la Couronne — et les limites qui découlent de l’art. 11 — deviennent apparentes. Il n’est donc pas parfaitement clair que le fait d’interpréter le par. 37(2) comme une restriction interne s’accorde avec le rôle que joue le par. 37(2) ou avec la latitude que le législateur souhaitait donner au tribunal dans l’exercice des pouvoirs que lui confère l’art. 11. En d’autres termes, le lien entre l’art. 11 et le par. 37(2) n’est peut-être pas aussi évident que semblent le suggérer mes collègues. Par conséquent, même si je conviens en fin de compte avec les juges Brown et Rowe que le par. 37(2) peut être interprété comme une restriction interne afin d’éviter un conflit entre la *LACC* et la *LIR*, je juge important d’expliquer que, si cette interprétation est inexacte, la portée de l’art. 11 est néanmoins restreinte par le libellé externe du par. 227(4.1).

[259] Si le par. 37(2) n’équivaut pas à une restriction interne à l’art. 11, recourir à l’art. 11 pour faire passer une charge super prioritaire devant la réclamation de la Couronne au titre d’une fiducie réputée entrerait en conflit direct avec le par. 227(4.1),

explained, requires that the Crown's claim be ranked in priority to all security interests, including priming charges. The direct conflict would trigger the "[n]otwithstanding" language in s. 227(4.1), which states that "[n]otwithstanding . . . any other enactment of Canada", the Crown's claim is to have priority. This language thus imposes an external restriction on the court's power under s. 11. Indeed, the supremacy of s. 227(4.1) is implicitly acknowledged by the text of s. 11 as, unlike s. 227(4.1), which operates despite "any other enactment of Canada", s. 11 only operates "[d]espite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*", but not despite anything in the *ITA*. Accordingly, while the court's discretionary authority under s. 11 could, in theory, empower a court to subordinate the Crown's interest in unremitted source deductions, that power is ultimately stopped short by the express language of s. 227(4.1).

[260] In outlining this position, I consider it important to contextualize this Court's statement in *Callidus* that "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'" (para. 67). The focus in *Callidus* was on the discretionary authority of supervising *CCAA* judges within the confines of the *CCAA* itself; it was not on addressing the question of the authority of *CCAA* judges to apply s. 11 in the face of overriding federal legislation. Respectfully, where, as here, Parliament has expressly indicated the supremacy of a statute over the provisions of the *CCAA*, the court's power under s. 11 is correspondingly restricted.

[261] The Crown's deemed trust claim must thus take priority over all court-ordered priming charges, whether they arise under the specific priming charge provisions, or under the court's discretionary authority.

ce qui, comme mes collègues les juges Brown et Rowe l'expliquent, exige que la réclamation de la Couronne prenne rang avant toutes les garanties, y compris les charges super prioritaires. Ce conflit direct entraînerait l'application de la disposition restrictive du par. 227(4.1), à savoir que « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral », la réclamation de la Couronne doit avoir priorité. Cette disposition impose donc une limite externe au pouvoir que l'art. 11 confère au tribunal. En fait, la primauté du par. 227(4.1) est implicitement reconnue par le texte de l'art. 11 car, contrairement au par. 227(4.1), qui s'applique « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral », l'art. 11 ne s'applique que « [m]algré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* », mais non malgré toute disposition de la *LIR*. Par conséquent, bien que le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11 au tribunal permette en théorie à celui-ci de subordonner l'intérêt de la Couronne dans les retenues à la source non versées à d'autres intérêts, ce pouvoir est en définitive restreint par les termes exprès du par. 227(4.1).

[260] En exposant cette position, j'estime important de situer dans son contexte l'affirmation de notre Cour dans l'arrêt *Callidus* selon laquelle « 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 » (par. 67). L'arrêt *Callidus* mettait l'accent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant nommé sous le régime de la *LACC* à l'intérieur des limites imposées par la *LACC* elle-même, et non pas sur la question du pouvoir du juge d'appliquer l'art. 11 malgré une loi fédérale prépondérante. Avec égards, lorsque, comme en l'espèce, le législateur prévoit expressément qu'une loi a priorité sur les dispositions de la *LACC*, le pouvoir conféré par l'art. 11 au tribunal est restreint en conséquence.

[261] La réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie réputée a donc priorité sur toutes les charges super prioritaires d'origine judiciaire, peu importe que celles-ci aient été créées en vertu des dispositions expresses à cet effet ou en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

[262] A necessary consequence of the absolute supremacy of the Crown's deemed trust claim over court-ordered priming charges is that the Crown's interest under s. 227(4.1) cannot be given effect by s. 6(3) of the *CCAA*. Section 6(3) of the *CCAA* provides that

[u]nless Her Majesty agrees otherwise, the court may sanction a compromise or arrangement only if the compromise or arrangement provides for the payment in full to Her Majesty in right of Canada or a province, within six months after court sanction of the compromise or arrangement, of all amounts that were outstanding at the time of the application for an order under section 11 or 11.02 and that are of a kind that could be subject to a demand under

(a) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*

[263] In my view, there are two reasons why s. 6(3) cannot represent the Crown's interest under s. 227(4.1). First, the focus of s. 6(3) is to establish a timeframe for payment to the Crown of certain outstanding debts in the event that the debtor company succeeds in staying viable as a going concern. By contrast, s. 227(4.1) is focused on ensuring the *priority* of the Crown's claim. The key point of distinction here is that, under s. 6(3), the Crown could be ranked last, so long as it is paid within six months of any arrangement. Such an outcome would be plainly inconsistent with the absolute priority of the Crown's claim, as established by the *CCAA* and *ITA*. Second, as s. 6(3) applies only where a compromise or plan of arrangement is reached, the Crown's deemed trust claim would not operate in the event that a liquidation occurred under the *CCAA*, thereby depriving the Crown of its priority over security interests in such circumstances. Again, this potential consequence would be at odds with the clear intention of the *CCAA* and *ITA*.

[264] Before concluding, I would note that it cannot be doubted that Parliament considered the potential consequences of its legislative actions, including any consequences for *CCAA* proceedings. If

[262] Une conséquence nécessaire de la primauté absolue dont jouit la réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie présumée sur les charges super prioritaires d'origine judiciaire est que le par. 6(3) de la *LACC* ne permet pas de donner effet à l'intérêt conféré à la Couronne par le par. 227(4.1). Le paragraphe 6(3) de la *LACC* prévoit ce qui suit :

Le tribunal ne peut, sans le consentement de Sa Majesté, homologuer la transaction ou l'arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, dans les six mois suivant l'homologation, de toutes les sommes qui étaient dues lors de la demande d'ordonnance visée aux articles 11 ou 11.02 et qui pourraient, de par leur nature, faire l'objet d'une demande aux termes d'une des dispositions suivantes :

a) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

[263] À mon avis, deux raisons expliquent pourquoi le par. 6(3) ne s'applique pas à l'intérêt conféré à la Couronne par le par. 227(4.1). Premièrement, le par. 6(3) vise à établir un délai pour le paiement de certaines créances de la Couronne en souffrance au cas où la compagnie débitrice parviendrait à assurer sa viabilité. À l'inverse, le par. 227(4.1) vise à accorder *priority* à la réclamation de la Couronne. La différence essentielle ici est que, par application du par. 6(3), la Couronne pourrait être reléguée au dernier rang à la condition qu'elle soit payée dans les six mois suivant tout arrangement. Un tel résultat serait de toute évidence incompatible avec la priorité absolue que la *LACC* et la *LIR* accordent à la réclamation de la Couronne. Deuxièmement, comme le par. 6(3) ne s'applique que si les parties concluent une transaction ou parviennent à un arrangement, la réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie réputée ne serait pas opposable en cas de liquidation sous le régime de la *LACC*; la Couronne perdrait alors sa priorité au profit d'autres garanties. Là encore, cette conséquence possible irait à l'encontre de l'objectif clair de la *LACC* et de la *LIR*.

[264] Avant de conclure, je ferai remarquer qu'il ne fait aucun doute que le législateur a réfléchi aux conséquences possibles de ses mesures législatives, y compris sur les procédures engagées sous le régime

circumstances do arise in which the priority of the Crown's claim threatens the viability of a particular restructuring, it clearly lies with the Crown to be flexible so as to avoid any consequences that would undermine the remedial purposes of the CCAA.

[265] I would, therefore, allow the appeal. The respondents are entitled to costs in this Court in accordance with Schedule B of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

Appeal dismissed with costs, ABELLA, MOLDAVER, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondents Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc., Campcorp Structures Ltd., DJ Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd., 1371047 Alberta Ltd., 1919209 Alberta Ltd. and Ernst & Young Inc. in its capacity as monitor: Duncan Craig, Edmonton.

Solicitors for the respondent the Business Development Bank of Canada: Cassels Brock & Blackwell, Calgary.

Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

de la LACC. S'il devait arriver que la priorité accordée à la réclamation de la Couronne menace la viabilité d'une restructuration, c'est de toute évidence à la Couronne qu'il appartient de faire preuve de souplesse afin d'éviter toute conséquence qui compromettrait l'objet réparateur de la LACC.

[265] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi. Les intimées ont droit aux dépens devant notre Cour conformément à l'annexe B des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges ABELLA, MOLDAVER, BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs des intimées Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc., Campcorp Structures Ltd., DJ Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd., 1371047 Alberta Ltd., 1919209 Alberta Ltd. et Ernst & Young Inc. en sa qualité de contrôleur : Duncan Craig, Edmonton.

Procureurs de l'intimée la Banque de développement du Canada : Cassels Brock & Blackwell, Calgary.

Procureurs de l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada : Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

TAB 3

Re Canadian Airlines Corporation, 2000 ABQB 442

Date: 20000627

Action No. 0001-05071

**IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL DISTRICT OF CALGARY**

IN THE MATTER OF 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* (ALBERTA) S.A. 1981,
c. B-15, AS AMENDED, SECTION 185

AND IN THE MATTER OF CANADIAN AIRLINES CORPORATION AND CANADIAN
AIRLINES INTERNATIONAL LTD.

REASONS FOR DECISION

of the

HONOURABLE MADAM JUSTICE M. S. PAPERNY

I. INTRODUCTION

[1] After a decade of searching for a permanent solution to its ongoing, significant financial problems, Canadian Airlines Corporation (“CAC”) and Canadian Airlines International Ltd. (“CAIL”) seek the court’s sanction to a plan of arrangement filed under the *Companies’ Creditors Arrangement Act* (“CCAA”) and sponsored by its historic rival, Air Canada Corporation (“Air Canada”). To Canadian, this represents its last choice and its only chance for survival. To Air Canada, it is an opportunity to lead the restructuring of the Canadian airline industry, an exercise many suggest is long overdue. To over 16,000 employees of Canadian, it means continued employment. Canadian Airlines will operate as a separate entity and continue to provide domestic and international air service to Canadians. Tickets of the flying public will be honoured and their frequent flyer points maintained. Long term business relationships with trade creditors and suppliers will continue.

[2] The proposed restructuring comes at a cost. Secured and unsecured creditors are being asked to accept significant compromises and shareholders of CAC are being asked to accept that their shares have no value. Certain unsecured creditors oppose the plan, alleging it is oppressive and unfair. They assert that Air Canada has appropriated the key assets of Canadian to itself. Minority shareholders of CAC, on the other hand, argue that Air Canada’s financial support to Canadian, before and during this restructuring process, has increased the value of Canadian and in turn their shares. These two positions are irreconcilable, but do reflect the perception by some that this plan asks them to sacrifice too much.

[3] Canadian has asked this court to sanction its plan under s. 6 of the CCAA. The court’s role on a sanction hearing is to consider whether the plan fairly balances the interests of all the stakeholders. Faced with an insolvent organization, its role is to look forward and ask: does this plan represent a fair and reasonable compromise that will permit a viable commercial entity to emerge? It is also an exercise in assessing current reality by comparing available commercial alternatives to what is offered in the proposed plan.

II. BACKGROUND

Canadian Airlines and its Subsidiaries

[4] CAC and CAIL are corporations incorporated or continued under the *Business Corporations Act* of Alberta, S.A. 1981, c. B-15 (“ABCA”). 82% of CAC’s shares are held by 853350 Alberta Ltd. (“853350”) and the remaining 18% are held publicly. CAC, directly or indirectly, owns the majority of voting shares in and controls the other Petitioner, CAIL and these shares represent CAC’s principal asset. CAIL owns or has an interest in a number of other corporations directly engaged in the airline industry or other businesses related to the airline industry, including Canadian Regional Airlines Limited (“CRAL”). Where the context requires, I will refer to CAC and CAIL jointly as “Canadian” in these reasons.

[5] In the past fifteen years, CAIL has grown from a regional carrier operating under the name Pacific Western Airlines ("PWA") to one of Canada's two major airlines. By mid-1986, Canadian Pacific Air Lines Limited ("CP Air"), had acquired the regional carriers Nordair Inc. ("Nordair") and Eastern Provincial Airways ("Eastern"). In February, 1987, PWA completed its purchase of CP Air from Canadian Pacific Limited. PWA then merged the four predecessor carriers (CP Air, Eastern, Nordair, and PWA) to form one airline, "Canadian Airlines International Ltd.", which was launched in April, 1987.

[6] By April, 1989, CAIL had acquired substantially all of the common shares of Wardair Inc. and completed the integration of CAIL and Wardair Inc. in 1990.

[7] CAIL and its subsidiaries provide international and domestic scheduled and charter air transportation for passengers and cargo. CAIL provides scheduled services to approximately 30 destinations in 11 countries. Its subsidiary, Canadian Regional Airlines (1998) Ltd. ("CRAL 98") provides scheduled services to approximately 35 destinations in Canada and the United States. Through code share agreements and marketing alliances with leading carriers, CAIL and its subsidiaries provide service to approximately 225 destinations worldwide. CAIL is also engaged in charter and cargo services and the provision of services to third parties, including aircraft overhaul and maintenance, passenger and cargo handling, flight simulator and equipment rentals, employee training programs and the sale of Canadian Plus frequent flyer points. As at December 31, 1999, CAIL operated approximately 79 aircraft.

[8] CAIL directly and indirectly employs over 16,000 persons, substantially all of whom are located in Canada. The balance of the employees are located in the United States, Europe, Asia, Australia, South America and Mexico. Approximately 88% of the active employees of CAIL are subject to collective bargaining agreements.

Events Leading up to the CCAA Proceedings

[9] Canadian's financial difficulties significantly predate these proceedings.

[10] In the early 1990s, Canadian experienced significant losses from operations and deteriorating liquidity. It completed a financial restructuring in 1994 (the "1994 Restructuring") which involved employees contributing \$200,000,000 in new equity in return for receipt of entitlements to common shares. In addition, Aurora Airline Investments, Inc. ("Aurora"), a subsidiary of AMR Corporation ("AMR"), subscribed for \$246,000,000 in preferred shares of CAIL. Other AMR subsidiaries entered into comprehensive services and marketing arrangements with CAIL. The governments of Canada, British Columbia and Alberta provided an aggregate of \$120,000,000 in loan guarantees. Senior creditors, junior creditors and shareholders of CAC and CAIL and its subsidiaries converted approximately \$712,000,000 of obligations into common shares of CAC or convertible notes issued jointly by CAC and CAIL and/or received warrants entitling the holder to purchase common shares.

[11] In the latter half of 1994, Canadian built on the improved balance sheet provided by the 1994 Restructuring, focussing on strict cost controls, capacity management and aircraft utilization. The initial results were encouraging. However, a number of factors including higher than expected fuel costs, rising interest rates, decline of the Canadian dollar, a strike by

pilots of Time Air and the temporary grounding of Inter-Canadien's ATR-42 fleet undermined this improved operational performance. In 1995, in response to additional capacity added by emerging charter carriers and Air Canada on key transcontinental routes, CAIL added additional aircraft to its fleet in an effort to regain market share. However, the addition of capacity coincided with the slow-down in the Canadian economy leading to traffic levels that were significantly below expectations. Additionally, key international routes of CAIL failed to produce anticipated results. The cumulative losses of CAIL from 1994 to 1999 totalled \$771 million and from January 31, 1995 to August 12, 1999, the day prior to the issuance by the Government of Canada of an Order under Section 47 of the *Canada Transportation Act* (relaxing certain rules under the *Competition Act* to facilitate a restructuring of the airline industry and described further below), the trading price of Canadian's common shares declined from \$7.90 to \$1.55.

[12] Canadian's losses incurred since the 1994 Restructuring severely eroded its liquidity position. In 1996, Canadian faced an environment where the domestic air travel market saw increased capacity and aggressive price competition by two new discount carriers based in western Canada. While Canadian's traffic and load factor increased indicating a positive response to Canadian's post-restructuring business plan, yields declined. Attempts by Canadian to reduce domestic capacity were offset by additional capacity being introduced by the new discount carriers and Air Canada.

[13] The continued lack of sufficient funds from operations made it evident by late fall of 1996 that Canadian needed to take action to avoid a cash shortfall in the spring of 1997. In November 1996, Canadian announced an operational restructuring plan (the "1996 Restructuring") aimed at returning Canadian to profitability and subsequently implemented a payment deferral plan which involved a temporary moratorium on payments to certain lenders and aircraft operating lessors to provide a cash bridge until the benefits of the operational restructuring were fully implemented. Canadian was able successfully to obtain the support of its lenders and operating lessors such that the moratorium and payment deferral plan was able to proceed on a consensual basis without the requirement for any court proceedings.

[14] The objective of the 1996 Restructuring was to transform Canadian into a sustainable entity by focussing on controllable factors which targeted earnings improvements over four years. Three major initiatives were adopted: network enhancements, wage concessions as supplemented by fuel tax reductions/rebates, and overhead cost reductions.

[15] The benefits of the 1996 Restructuring were reflected in Canadian's 1997 financial results when Canadian and its subsidiaries reported a consolidated net income of \$5.4 million, the best results in 9 years.

[16] In early 1998, building on its 1997 results, Canadian took advantage of a strong market for U.S. public debt financing in the first half of 1998 by issuing U.S. \$175,000,000 of senior secured notes in April, 1998 ("Senior Secured Notes") and U.S. \$100,000,000 of unsecured notes in August, 1998 ("Unsecured Notes").

[17] The benefits of the 1996 Restructuring continued in 1998 but were not sufficient to offset a number of new factors which had a significant negative impact on financial

performance, particularly in the fourth quarter. Canadian's eroded capital base gave it limited capacity to withstand negative effects on traffic and revenue. These factors included lower than expected operating revenues resulting from a continued weakness of the Asian economies, vigorous competition in Canadian's key western Canada and the western U.S. transborder markets, significant price discounting in most domestic markets following a labour disruption at Air Canada and CAIL's temporary loss of the ability to code-share with American Airlines on certain transborder flights due to a pilot dispute at American Airlines. Canadian also had increased operating expenses primarily due to the deterioration of the value of the Canadian dollar and additional airport and navigational fees imposed by NAV Canada which were not recoverable by Canadian through fare increases because of competitive pressures. This resulted in Canadian and its subsidiaries reporting a consolidated loss of \$137.6 million for 1998.

[18] As a result of these continuing weak financial results, Canadian undertook a number of additional strategic initiatives including entering the **oneworld™** Alliance, the introduction of its new "Proud Wings" corporate image, a restructuring of CAIL 's Vancouver hub, the sale and leaseback of certain aircraft, expanded code sharing arrangements and the implementation of a service charge in an effort to recover a portion of the costs relating to NAV Canada fees.

[19] Beginning in late 1998 and continuing into 1999, Canadian tried to access equity markets to strengthen its balance sheet. In January, 1999, the Board of Directors of CAC determined that while Canadian needed to obtain additional equity capital, an equity infusion alone would not address the fundamental structural problems in the domestic air transportation market.

[20] Canadian believes that its financial performance was and is reflective of structural problems in the Canadian airline industry, most significantly, over capacity in the domestic air transportation market. It is the view of Canadian and Air Canada that Canada's relatively small population and the geographic distribution of that population is unable to support the overlapping networks of two full service national carriers. As described further below, the Government of Canada has recognized this fundamental problem and has been instrumental in attempts to develop a solution.

Initial Discussions with Air Canada

[21] Accordingly, in January, 1999, CAC's Board of Directors directed management to explore all strategic alternatives available to Canadian, including discussions regarding a possible merger or other transaction involving Air Canada.

[22] Canadian had discussions with Air Canada in early 1999. AMR also participated in those discussions. While several alternative merger transactions were considered in the course of these discussions, Canadian, AMR and Air Canada were unable to reach agreement.

[23] Following the termination of merger discussions between Canadian and Air Canada, senior management of Canadian, at the direction of the Board and with the support of AMR, renewed its efforts to secure financial partners with the objective of obtaining either an equity

investment and support for an eventual merger with Air Canada or immediate financial support for a merger with Air Canada.

Offer by Onex

[24] In early May, the discussions with Air Canada having failed, Canadian focussed its efforts on discussions with Onex Corporation ("Onex") and AMR concerning the basis upon which a merger of Canadian and Air Canada could be accomplished.

[25] On August 23, 1999, Canadian entered into an Arrangement Agreement with Onex, AMR and Airline Industry Revitalization Co. Inc. ("AirCo") (a company owned jointly by Onex and AMR and controlled by Onex). The Arrangement Agreement set out the terms of a Plan of Arrangement providing for the purchase by AirCo of all of the outstanding common and non-voting shares of CAC. The Arrangement Agreement was conditional upon, among other things, the successful completion of a simultaneous offer by AirCo for all of the voting and non-voting shares of Air Canada. On August 24, 1999, AirCo announced its offers to purchase the shares of both CAC and Air Canada and to subsequently merge the operations of the two airlines to create one international carrier in Canada.

[26] On or about September 20, 1999 the Board of Directors of Air Canada recommended against the AirCo offer. On or about October 19, 1999, Air Canada announced its own proposal to its shareholders to repurchase shares of Air Canada. Air Canada's announcement also indicated Air Canada's intention to make a bid for CAC and to proceed to complete a merger with Canadian subject to a restructuring of Canadian's debt.

[27] There were several rounds of offers and counter-offers between AirCo and Air Canada. On November 5, 1999, the Quebec Superior Court ruled that the AirCo offer for Air Canada violated the provisions of the *Air Canada Public Participation Act*. AirCo immediately withdrew its offers. At that time, Air Canada indicated its intention to proceed with its offer for CAC.

[28] Following the withdrawal of the AirCo offer to purchase CAC, and notwithstanding Air Canada's stated intention to proceed with its offer, there was a renewed uncertainty about Canadian's future which adversely affected operations. As described further below, Canadian lost significant forward bookings which further reduced the company's remaining liquidity.

Offer by 853350

[29] On November 11, 1999, 853350 (a corporation financed by Air Canada and owned as to 10% by Air Canada) made a formal offer for all of the common and non-voting shares of CAC. Air Canada indicated that the involvement of 853350 in the take-over bid was necessary in order to protect Air Canada from the potential adverse effects of a restructuring of Canadian's debt and that Air Canada would only complete a merger with Canadian after the completion of a debt restructuring transaction. The offer by 853350 was conditional upon, among other things, a satisfactory resolution of AMR's claims in respect of Canadian and a satisfactory resolution of certain regulatory issues arising from the announcement made on

October 26, 1999 by the Government of Canada regarding its intentions to alter the regime governing the airline industry.

[30] As noted above, AMR and its subsidiaries and affiliates had certain agreements with Canadian arising from AMR's investment (through its wholly owned subsidiary, Aurora Airline Investments, Inc.) in CAIL during the 1994 Restructuring. In particular, the Services Agreement by which AMR and its subsidiaries and affiliates provided certain reservations, scheduling and other airline related services to Canadian provided for a termination fee of approximately \$500 million (as at December 31, 1999) while the terms governing the preferred shares issued to Aurora provided for exchange rights which were only retractable by Canadian upon payment of a redemption fee in excess of \$500 million (as at December 31, 1999). Unless such provisions were amended or waived, it was practically impossible for Canadian to complete a merger with Air Canada since the cost of proceeding without AMR's consent was simply too high.

[31] Canadian had continued its efforts to seek out all possible solutions to its structural problems following the withdrawal of the AirCo offer on November 5, 1999. While AMR indicated its willingness to provide a measure of support by allowing a deferral of some of the fees payable to AMR under the Services Agreement, Canadian was unable to find any investor willing to provide the liquidity necessary to keep Canadian operating while alternative solutions were sought.

[32] After 853350 made its offer, 853350 and Air Canada entered into discussions with AMR regarding the purchase by 853350 of AMR's shareholding in CAIL as well as other matters regarding code sharing agreements and various services provided to Canadian by AMR and its subsidiaries and affiliates. The parties reached an agreement on November 22, 1999 pursuant to which AMR agreed to reduce its potential damages claim for termination of the Services Agreement by approximately 88%.

[33] On December 4, 1999, CAC's Board recommended acceptance of 853350's offer to its shareholders and on December 21, 1999, two days before the offer closed, 853350 received approval for the offer from the Competition Bureau as well as clarification from the Government of Canada on the proposed regulatory framework for the Canadian airline industry.

[34] As noted above, Canadian's financial condition deteriorated further after the collapse of the AirCo Arrangement transaction. In particular:

- a) the doubts which were publicly raised as to Canadian's ability to survive made Canadian's efforts to secure additional financing through various sale-leaseback transactions more difficult;
- b) sales for future air travel were down by approximately 10% compared to 1998;
- c) CAIL's liquidity position, which stood at approximately \$84 million (consolidated cash and available credit) as at September 30, 1999, reached a critical point in late December, 1999 when it was about to go negative.

[35] In late December, 1999, Air Canada agreed to enter into certain transactions designed to ensure that Canadian would have enough liquidity to continue operating until the scheduled completion of the 853350 take-over bid on January 4, 2000. Air Canada agreed to purchase rights to the Toronto-Tokyo route for \$25 million and to a sale-leaseback arrangement involving certain unencumbered aircraft and a flight simulator for total proceeds of approximately \$20 million. These transactions gave Canadian sufficient liquidity to continue operations through the holiday period.

[36] If Air Canada had not provided the approximate \$45 million injection in December 1999, Canadian would likely have had to file for bankruptcy and cease all operations before the end of the holiday travel season.

[37] On January 4, 2000, with all conditions of its offer having been satisfied or waived, 853350 purchased approximately 82% of the outstanding shares of CAC. On January 5, 1999, 853350 completed the purchase of the preferred shares of CAIL owned by Aurora. In connection with that acquisition, Canadian agreed to certain amendments to the Services Agreement reducing the amounts payable to AMR in the event of a termination of such agreement and, in addition, the unanimous shareholders agreement which gave AMR the right to require Canadian to purchase the CAIL preferred shares under certain circumstances was terminated. These arrangements had the effect of substantially reducing the obstacles to a restructuring of Canadian's debt and lease obligations and also significantly reduced the claims that AMR would be entitled to advance in such a restructuring.

[38] Despite the \$45 million provided by Air Canada, Canadian's liquidity position remained poor. With January being a traditionally slow month in the airline industry, further bridge financing was required in order to ensure that Canadian would be able to operate while a debt restructuring transaction was being negotiated with creditors. Air Canada negotiated an arrangement with the Royal Bank of Canada ("Royal Bank") to purchase a participation interest in the operating credit facility made available to Canadian. As a result of this agreement, Royal Bank agreed to extend Canadian's operating credit facility from \$70 million to \$120 million in January, 2000 and then to \$145 million in March, 2000. Canadian agreed to supplement the assignment of accounts receivable security originally securing Royal's \$70 million facility with a further Security Agreement securing certain unencumbered assets of Canadian in consideration for this increased credit availability. Without the support of Air Canada or another financially sound entity, this increase in credit would not have been possible.

[39] Air Canada has stated publicly that it ultimately wishes to merge the operations of Canadian and Air Canada, subject to Canadian completing a financial restructuring so as to permit Air Canada to complete the acquisition on a financially sound basis. This pre-condition has been emphasized by Air Canada since the fall of 1999.

[40] Prior to the acquisition of majority control of CAC by 853350, Canadian's management, Board of Directors and financial advisors had considered every possible alternative for restoring Canadian to a sound financial footing. Based upon Canadian's extensive efforts over the past year in particular, but also the efforts since 1992 described

above, Canadian came to the conclusion that it must complete a debt restructuring to permit the completion of a full merger between Canadian and Air Canada.

[41] On February 1, 2000, Canadian announced a moratorium on payments to lessors and lenders. As a result of this moratorium Canadian defaulted on the payments due under its various credit facilities and aircraft leases. Absent the assistance provided by this moratorium, in addition to Air Canada's support, Canadian would not have had sufficient liquidity to continue operating until the completion of a debt restructuring.

[42] Following implementation of the moratorium, Canadian with Air Canada embarked on efforts to restructure significant obligations by consent. The further damage to public confidence which a CCAA filing could produce required Canadian to secure a substantial measure of creditor support in advance of any public filing for court protection.

[43] Before the Petitioners started these CCAA proceedings, Air Canada, CAIL and lessors of 59 aircraft in its fleet had reached agreement in principle on the restructuring plan.

[44] Canadian and Air Canada have also been able to reach agreement with the remaining affected secured creditors, being the holders of the U.S. \$175 million Senior Secured Notes, due 2005, (the "Senior Secured Noteholders") and with several major unsecured creditors in addition to AMR, such as Loyalty Management Group Canada Inc.

[45] On March 24, 2000, faced with threatened proceedings by secured creditors, Canadian petitioned under the CCAA and obtained a stay of proceedings and related interim relief by Order of the Honourable Chief Justice Moore on that same date. Pursuant to that Order, PricewaterhouseCoopers, Inc. was appointed as the Monitor, and companion proceedings in the United States were authorized to be commenced.

[46] Since that time, due to the assistance of Air Canada, Canadian has been able to complete the restructuring of the remaining financial obligations governing all aircraft to be retained by Canadian for future operations. These arrangements were approved by this Honourable Court in its Orders dated April 14, 2000 and May 10, 2000, as described in further detail below under the heading "The Restructuring Plan".

[47] On April 7, 2000, this court granted an Order giving directions with respect to the filing of the plan, the calling and holding of meetings of affected creditors and related matters.

[48] On April 25, 2000 in accordance with the said Order, Canadian filed and served the plan (in its original form) and the related notices and materials.

[49] The plan was amended, in accordance with its terms, on several occasions, the form of Plan voted upon at the Creditors' Meetings on May 26, 2000 having been filed and served on May 25, 2000 (the "Plan").

The Restructuring Plan

[50] The Plan has three principal aims described by Canadian:

- (a) provide near term liquidity so that Canadian can sustain operations;
- (b) allow for the return of aircraft not required by Canadian; and
- (c) permanently adjust Canadian's debt structure and lease facilities to reflect the current market for asset values and carrying costs in return for Air Canada providing a guarantee of the restructured obligations.

[51] The proposed treatment of stakeholders is as follows:

1. Unaffected Secured Creditors- Royal Bank, CAIL's operating lender, is an unaffected creditor with respect to its operating credit facility. Royal Bank holds security over CAIL's accounts receivable and most of CAIL's operating assets not specifically secured by aircraft financiers or the Senior Secured Noteholders. As noted above, arrangements entered into between Air Canada and Royal Bank have provided CAIL with liquidity necessary for it to continue operations since January 2000.

Also unaffected by the Plan are those aircraft lessors, conditional vendors and secured creditors holding security over CAIL's aircraft who have entered into agreements with CAIL and/or Air Canada with respect to the restructuring of CAIL's obligations. A number of such agreements, which were initially contained in the form of letters of intent ("LOIs"), were entered into prior to the commencement of the CCAA proceedings, while a total of 17 LOIs were completed after that date. In its Second and Fourth Reports the Monitor reported to the court on these agreements. The LOIs entered into after the proceedings commenced were reviewed and approved by the court on April 14, 2000 and May 10, 2000.

The basis of the LOIs with aircraft lessors was that the operating lease rates were reduced to fair market lease rates or less, and the obligations of CAIL under the leases were either assumed or guaranteed by Air Canada. Where the aircraft was subject to conditional sale agreements or other secured indebtedness, the value of the secured debt was reduced to the fair market value of the aircraft, and the interest rate payable was reduced to current market rates reflecting Air Canada's credit. CAIL's obligations under those agreements have also been assumed or guaranteed by Air Canada. The claims of these creditors for reduced principal and interest amounts, or reduced lease payments, are Affected Unsecured Claims under the Plan. In a number of cases these claims have been assigned to Air Canada and Air Canada disclosed that it would vote those claims in favour of the Plan.

2. Affected Secured Creditors- The Affected Secured Creditors under the Plan are the Senior Secured Noteholders with a claim in the amount of US\$175,000,000. The Senior Secured Noteholders are secured by a diverse package of Canadian's assets, including its inventory of aircraft spare parts, ground equipment, spare engines, flight simulators, leasehold interests at Toronto, Vancouver and Calgary airports, the shares in CRAL 98 and a \$53 million note payable by CRAL to CAIL.

The Plan offers the Senior Secured Noteholders payment of 97 cents on the dollar. The deficiency is included in the Affected Unsecured Creditor class and the Senior Secured Noteholders advised the court they would be voting the deficiency in favour of the Plan.

3. Unaffected Unsecured Creditors-In the circular accompanying the November 11, 1999 853350 offer it was stated that:

The Offeror intends to conduct the Debt Restructuring in such a manner as to seek to ensure that the unionized employees of Canadian, the suppliers of new credit (including trade credit) and the members of the flying public are left unaffected.

The Offeror is of the view that the pursuit of these three principles is essential in order to ensure that the long term value of Canadian is preserved.

Canadian's employees, customers and suppliers of goods and services are unaffected by the CCAA Order and Plan.

Also unaffected are parties to those contracts or agreements with Canadian which are not being terminated by Canadian pursuant to the terms of the March 24, 2000 Order.

4. Affected Unsecured Creditors- CAIL has identified unsecured creditors who do not fall into the above three groups and listed these as Affected Unsecured Creditors under the Plan. They are offered 14 cents on the dollar on their claims. Air Canada would fund this payment.

The Affected Unsecured Creditors fall into the following categories:

- a. Claims of holders of or related to the Unsecured Notes (the "Unsecured Noteholders");
- b. Claims in respect of certain outstanding or threatened litigation involving Canadian;
- c. Claims arising from the termination, breach or repudiation of certain contracts, leases or agreements to which Canadian is a party other than aircraft financing or lease arrangements;
- d. Claims in respect of deficiencies arising from the termination or re-negotiation of aircraft financing or lease arrangements;
- e. Claims of tax authorities against Canadian; and
- f. Claims in respect of the under-secured or unsecured portion of amounts due to the Senior Secured Noteholders.

[52] There are over \$700 million of proven unsecured claims. Some unsecured creditors have disputed the amounts of their claims for distribution purposes. These are in the process of determination by the court-appointed Claims Officer and subject to further appeal to the court. If the Claims Officer were to allow all of the disputed claims in full and this were confirmed by the court, the aggregate of unsecured claims would be approximately \$1.059 million.

[53] The Monitor has concluded that if the Plan is not approved and implemented, Canadian will not be able to continue as a going concern and in that event, the only foreseeable

alternative would be a liquidation of Canadian's assets by a receiver and/or a trustee in bankruptcy. Under the Plan, Canadian's obligations to parties essential to ongoing operations, including employees, customers, travel agents, fuel, maintenance and equipment suppliers, and airport authorities are in most cases to be treated as unaffected and paid in full. In the event of a liquidation, those parties would not, in most cases, be paid in full and, except for specific lien rights and statutory priorities, would rank as ordinary unsecured creditors. The Monitor estimates that the additional unsecured claims which would arise if Canadian were to cease operations as a going concern and be forced into liquidation would be in excess of \$1.1 billion.

[54] In connection with its assessment of the Plan, the Monitor performed a liquidation analysis of CAIL as at March 31, 2000 in order to estimate the amounts that might be recovered by CAIL's creditors and shareholders in the event of disposition of CAIL's assets by a receiver or trustee. The Monitor concluded that a liquidation would result in a shortfall to certain secured creditors, including the Senior Secured Noteholders, a recovery by ordinary unsecured creditors of between one cent and three cents on the dollar, and no recovery by shareholders.

[55] There are two vociferous opponents of the Plan, Resurgence Asset Management LLC ("Resurgence") who acts on behalf of its and/or its affiliate client accounts and four shareholders of CAC. Resurgence is incorporated pursuant to the laws of New York, U.S.A. and has its head office in White Plains, New York. It conducts an investment business specializing in high yield distressed debt. Through a series of purchases of the Unsecured Notes commencing in April 1999, Resurgence clients hold \$58,200,000 of the face value of or 58.2% of the notes issued. Resurgence purchased 7.9 million units in April 1999. From November 3, 1999 to December 9, 1999 it purchased an additional 20,850,000 units. From January 4, 2000 to February 3, 2000 Resurgence purchased an additional 29,450,000 units.

[56] Resurgence seeks declarations that: the actions of Canadian, Air Canada and 853350 constitute an amalgamation, consolidation or merger with or into Air Canada or a conveyance or transfer of all or substantially all of Canadian's assets to Air Canada; that any plan of arrangement involving Canadian will not affect Resurgence and directing the repurchase of their notes pursuant to the provisions of their trust indenture and that the actions of Canadian, Air Canada and 853350 are oppressive and unfairly prejudicial to it pursuant to section 234 of the Business Corporations Act.

[57] Four shareholders of CAC also oppose the plan. Neil Baker, a Toronto resident, acquired 132,500 common shares at a cost of \$83,475.00 on or about May 5, 2000. Mr. Baker sought to commence proceedings to "remedy an injustice to the minority holders of the common shares". Roger Midiaty, Michael Salter and Hal Metheral are individual shareholders who were added as parties at their request during the proceedings. Mr. Midiaty resides in Calgary, Alberta and holds 827 CAC shares which he has held since 1994. Mr. Metheral is also a Calgary resident and holds approximately 14,900 CAC shares in his RRSP and has held them since approximately 1994 or 1995. Mr. Salter is a resident of Scottsdale, Arizona and is the beneficial owner of 250 shares of CAC and is a joint beneficial owner of 250 shares with his wife. These shareholders will be referred in the Decision throughout as the "Minority Shareholders".

[58] The Minority Shareholders oppose the portion of the Plan that relates to the reorganization of CAIL, pursuant to section 185 of the *Alberta Business Corporations Act* (“ABCA”). They characterize the transaction as a cancellation of issued shares unauthorized by section 167 of the ABCA or alternatively is a violation of section 183 of the ABCA. They submit the application for the order of reorganization should be denied as being unlawful, unfair and not supported by the evidence.

III. ANALYSIS

[59] Section 6 of the CCAA provides that:

6. Where a majority in number representing two-thirds in value of the creditors, or class of creditors, as the case may be, present and voting either in person or by proxy at the meeting or meetings thereof respectively held pursuant to sections 4 and 5, or either of those sections, agree to any compromise or arrangement either as proposed or as altered or modified at the meeting or meetings, the compromise or arrangement may be sanctioned by the court, and if so sanctioned is binding

(a) on all the creditors or the class of creditors, as the case may be, and on any trustee for any such class of creditors, whether secured or unsecured, as the case may be, and on the company; and

(b) in the case of a company that has made an authorized assignment or against which a receiving order has been made under the Bankruptcy and Insolvency Act or is in the course of being wound up under the Winding-up and Restructuring Act, on the trustee in bankruptcy or liquidator and contributories of the company.

[60] Prior to sanctioning a plan under the CCAA, the court must be satisfied in regard to each of the following criteria:

(1) there must be compliance with all statutory requirements;

(2) all material filed and procedures carried out must be examined to determine if anything has been done or purported to be done which is not authorized by the CCAA; and

(3) the plan must be fair and reasonable.

[61] A leading articulation of this three-part test appears in *Re Northland Properties Ltd.* (1988), 73 C.B.R. (N.S.) 175 (B.C.S.C.) at 182-3, aff'd (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 195 (B.C.C.A.) and has been regularly followed, see for example *Re Sammi Atlas Inc.* (1998), 3 C.B.R. (4th) 171 (Ont. Gen. Div.) at 172 and *Re T. Eaton Co.*, [1999] O.J. No. 5322 (Ont. Sup. Ct.) at paragraph 7. Each of these criteria are reviewed in turn below.

1. Statutory Requirements

[62] Some of the matters that may be considered by the court on an application for approval of a plan of compromise and arrangement include:

(a) the applicant comes within the definition of "debtor company" in section 2 of the CCAA;

- (b) the applicant or affiliated debtor companies have total claims within the meaning of section 12 of the CCAA in excess of \$5,000,000;
- (c) the notice calling the meeting was sent in accordance with the order of the court;
- (d) the creditors were properly classified;
- (e) the meetings of creditors were properly constituted;
- (f) the voting was properly carried out; and
- (g) the plan was approved by the requisite double majority or majorities.

[63] I find that the Petitioners have complied with all applicable statutory requirements. Specifically:

(a) CAC and CAIL are insolvent and thus each is a "debtor company" within the meaning of section 2 of the CCAA. This was established in the affidavit evidence of Douglas Carty, Senior Vice President and Chief Financial Officer of Canadian, and so declared in the March 24, 2000 Order in these proceedings and confirmed in the testimony given by Mr. Carty at this hearing.

(b) CAC and CAIL have total claims that would be claims provable in bankruptcy within the meaning of section 12 of the CCAA in excess of \$5,000,000.

(c) In accordance with the April 7, 2000 Order of this court, a Notice of Meeting and a disclosure statement (which included copies of the Plan and the March 24th and April 7th Orders of this court) were sent to the Affected Creditors, the directors and officers of the Petitioners, the Monitor and persons who had served a Notice of Appearance, on April 25, 2000.

(d) As confirmed by the May 12, 2000 ruling of this court (leave to appeal denied May 29, 2000), the creditors have been properly classified.

(e) Further, as detailed in the Monitor's Fifth Report to the Court and confirmed by the June 14, 2000 decision of this court in respect of a challenge by Resurgence Asset Management LLC ("Resurgence"), the meetings of creditors were properly constituted, the voting was properly carried out and the Plan was approved by the requisite double majorities in each class. The composition of the majority of the unsecured creditor class is addressed below under the heading "Fair and Reasonable".

2. Matters Unauthorized

[64] This criterion has not been widely discussed in the reported cases. As recognized by Blair J. in *Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.* (1993), 17 C.B.R. (3d) 1 (Ont. Gen. Div.) and Farley J. in *Cadillac Fairview (Re)* (1995), 53 A.C.W.S. (3d) 305 (Ont. Gen. Div.), within the CCAA process the court must rely on the reports of the Monitor as well as the parties in ensuring nothing contrary to the CCAA has occurred or is contemplated by the plan.

[65] In this proceeding, the dissenting groups have raised two matters which in their view are unauthorized by the CCAA: firstly, the Minority Shareholders of CAC suggested the proposed share capital reorganization of CAIL is illegal under the ABCA and Ontario

Securities Commission Policy 9.1, and as such cannot be authorized under the CCAA and secondly, certain unsecured creditors suggested that the form of release contained in the Plan goes beyond the scope of release permitted under the CCAA.

a. Legality of proposed share capital reorganization

[66] Subsection 185(2) of the ABCA provides:

(2) If a corporation is subject to an order for reorganization, its articles may be amended by the order to effect any change that might lawfully be made by an amendment under section 167.

[67] Sections 6.1(2)(d) and (e) and Schedule “D” of the Plan contemplate that:

- a. All CAIL common shares held by CAC will be converted into a single retractable share, which will then be retracted by CAIL for \$1.00; and
- b. All CAIL preferred shares held by 853350 will be converted into CAIL common shares.

[68] The Articles of Reorganization in Schedule “D” to the Plan provide for the following amendments to CAIL’s Articles of Incorporation to effect the proposed reorganization:

- (a) consolidating all of the issued and outstanding common shares into one common share;
- (b) redesignating the existing common shares as “Retractable Shares” and changing the rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the Retractable Shares so that the Retractable Shares shall have attached thereto the rights, privileges, restrictions and conditions as set out in the Schedule of Share Capital;
- (c) cancelling the Non-Voting Shares in the capital of the corporation, none of which are currently issued and outstanding, so that the corporation is no longer authorized to issue Non-Voting Shares;
- (d) changing all of the issued and outstanding Class B Preferred Shares of the corporation into Class A Preferred Shares, on the basis of one (1) Class A Preferred Share for each one (1) Class B Preferred Share presently issued and outstanding;
- (e) redesignating the existing Class A Preferred Shares as “Common Shares” and changing the rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the Common Shares so that the Common Shares shall have attached thereto the rights, privileges, restrictions and conditions as set out in the Schedule of Share Capital; and
- (f) cancelling the Class B Preferred Shares in the capital of the corporation, none of which are issued and outstanding after the change in paragraph (d) above, so that the corporation is no longer authorized to issue Class B Preferred Shares;

Section 167 of the ABCA

[69] Reorganizations under section 185 of the ABCA are subject to two preconditions:

- a. The corporation must be “subject to an order for re-organization”; and
- b. The proposed amendments must otherwise be permitted under section 167 of the ABCA.

[70] The parties agreed that an order of this court sanctioning the Plan would satisfy the first condition.

[71] The relevant portions of section 167 provide as follows:

167(1) Subject to sections 170 and 171, the articles of a corporation may by special resolution be amended to

- (e) change the designation of all or any of its shares, and add, change or remove any rights, privileges, restrictions and conditions, including rights to accrued dividends, in respect of all or any of its shares, whether issued or unissued,
- (f) change the shares of any class or series, whether issued or unissued, into a different number of shares of the same class or series into the same or a different number of shares of other classes or series,
- (g.1) cancel a class or series of shares where there are no issued or outstanding shares of that class or series,

[72] Each change in the proposed CAIL Articles of Reorganization corresponds to changes permitted under s. 167(1) of the ABCA, as follows:

Proposed Amendment in Schedule "D"	Subsection 167(1), ABCA
(a) – consolidation of Common Shares	167(1)(f)
(b) – change of designation and rights	167(1)(e)
(c) – cancellation	167(1)(g.1)
(d) – change in shares	167(1)(f)
(e) – change of designation and rights	167(1)(e)
(f) – cancellation	167(1)(g.1)

[73] The Minority Shareholders suggested that the proposed reorganization effectively cancels their shares in CAC. As the above review of the proposed reorganization demonstrates, that is not the case. Rather, the shares of CAIL are being consolidated, altered and then retracted, as permitted under section 167 of the ABCA. I find the proposed reorganization of CAIL's share capital under the Plan does not violate section 167.

[74] In R. Dickerson et al, *Proposals for a New Business Corporation Law for Canada*, Vol.1: Commentary (the "Dickerson Report") regarding the then proposed Canada Business Corporations Act, the identical section to section 185 is described as having been inserted with the object of enabling the "court to effect any necessary amendment of the articles of the corporation in order to achieve the objective of the reorganization without having to comply with the formalities of the Draft Act, particularly shareholder approval of the proposed amendment".

[75] The architects of the business corporation act model which the ABCA follows, expressly contemplated reorganizations in which the insolvent corporation would eliminate the interest of common shareholders. The example given in the Dickerson Report of a reorganization is very similar to that proposed in the Plan:

For example, the reorganization of an insolvent corporation may require the following steps: first, reduction or even elimination of the interest of the common shareholders; second, relegation of the preferred shareholders to the status of common shareholders; and third, relegation of the secured debenture holders to the status of either unsecured Noteholders or preferred shareholders.

[76] The rationale for allowing such a reorganization appears plain; the corporation is insolvent, which means that on liquidation the shareholders would get nothing. In those circumstances, as described further below under the heading “Fair and Reasonable”, there is nothing unfair or unreasonable in the court effecting changes in such situations without shareholder approval. Indeed, it would be unfair to the creditors and other stakeholders to permit the shareholders (whose interest has the lowest priority) to have any ability to block a reorganization.

[77] The Petitioners were unable to provide any case law addressing the use of section 185 as proposed under the Plan. They relied upon the decisions of *Royal Oak Mines Inc.*, [1999] O.J. No. 4848 and *Re T Eaton Co.*, *supra* in which Farley J. of the Ontario Superior Court of Justice emphasized that shareholders are at the bottom of the hierarchy of interests in liquidation or liquidation related scenarios.

[78] Section 185 provides for amendment to articles by court order. I see no requirement in that section for a meeting or vote of shareholders of CAIL, quite apart from shareholders of CAC. Further, dissent and appraisal rights are expressly removed in subsection (7). To require a meeting and vote of shareholders and to grant dissent and appraisal rights in circumstances of insolvency would frustrate the object of section 185 as described in the Dickerson Report.

[79] In the circumstances of this case, where the majority shareholder holds 82% of the shares, the requirement of a special resolution is meaningless. To require a vote suggests the shares have value. They do not. The formalities of the ABCA serve no useful purpose other than to frustrate the reorganization to the detriment of all stakeholders, contrary to the CCAA.

Section 183 of the ABCA

[80] The Minority Shareholders argued in the alternative that if the proposed share reorganization of CAIL were not a cancellation of their shares in CAC and therefore allowed under section 167 of the ABCA, it constituted a “sale, lease, or exchange of substantially all the property” of CAC and thus required the approval of CAC shareholders pursuant to section 183 of the ABCA. The Minority Shareholders suggested that the common shares in CAIL were substantially all of the assets of CAC and that all of those shares were being “exchanged” for \$1.00.

[81] I disagree with this creative characterization. The proposed transaction is a reorganization as contemplated by section 185 of the ABCA. As recognized in *Savage v.*

Amoco Acquisition Company Ltd, [1988] A.J. No. 68 (Q.B.), aff'd, 68 C.B.R. (3d) 154 (Alta. C.A.), the fact that the same end might be achieved under another section does not exclude the section to be relied on. A statute may well offer several alternatives to achieve a similar end.

Ontario Securities Commission Policy 9.1

[82] The Minority Shareholders also submitted the proposed reorganization constitutes a “related party transaction” under Policy 9.1 of the Ontario Securities Commission. Under the Policy, transactions are subject to disclosure, minority approval and formal valuation requirements which have not been followed here. The Minority Shareholders suggested that the Petitioners were therefore in breach of the Policy unless and until such time as the court is advised of the relevant requirements of the Policy and grants its approval as provided by the Policy.

[83] These shareholders asserted that in the absence of evidence of the going concern value of CAIL so as to determine whether that value exceeds the rights of the Preferred Shares of CAIL, the Court should not waive compliance with the Policy.

[84] To the extent that this reorganization can be considered a “related party transaction”, I have found, for the reasons discussed below under the heading “Fair and Reasonable”, that the Plan, including the proposed reorganization, is fair and reasonable and accordingly I would waive the requirements of Policy 9.1.

b. Release

[85] Resurgence argued that the release of directors and other third parties contained in the Plan does not comply with the provisions of the CCAA.

[86] The release is contained in section 6.2(2)(ii) of the Plan and states as follows:

As of the Effective Date, each of the Affected Creditors will be deemed to forever release, waive and discharge all claims, obligations, suits, judgments, damages, demands, debts, rights, causes of action and liabilities...that are based in whole or in part on any act, omission, transaction, event or other occurrence taking place on or prior to the Effective Date in any way relating to the Applicants and Subsidiaries, the CCAA Proceedings, or the Plan against:(i) The Applicants and Subsidiaries; (ii) The Directors, Officers and employees of the Applicants or Subsidiaries in each case as of the date of filing (and in addition, those who became Officers and/or Directors thereafter but prior to the Effective Date); (iii) The former Directors, Officers and employees of the Applicants or Subsidiaries, or (iv) the respective current and former professionals of the entities in subclauses (1) to (3) of this s.6.2(2) (including, for greater certainty, the Monitor, its counsel and its current Officers and Directors, and current and former Officers, Directors, employees, shareholders and professionals of the released parties) acting in such capacity.

[87] Prior to 1997, the CCAA did not provide for compromises of claims against anyone other than the petitioning company. In 1997, section 5.1 was added to the CCAA. Section 5.1 states:

- 5.1 (1) A compromise or arrangement made in respect of a debtor company may include in its terms provision for the compromise of claims against directors of the company that arose before the commencement of proceedings under this Act and relate to the obligations of the company where the directors are by law liable in their capacity as directors for the payment of such obligations.
- (2) A provision for the compromise of claims against directors may not include claims that:
- (a) relate to contractual rights of one or more creditors; or
 - (b) are based on allegations of misrepresentations made by directors to creditors or of wrongful or oppressive conduct by directors.
- (3) The Court may declare that a claim against directors shall not be compromised if it is satisfied that the compromise would not be fair and reasonable in the circumstances.

[88] Resurgence argued that the form of release does not comply with section 5.1 of the CCAA insofar as it applies to individuals beyond directors and to a broad spectrum of claims beyond obligations of the Petitioners for which their directors are “by law liable”. Resurgence submitted that the addition of section 5.1 to the CCAA constituted an exception to a long standing principle and urged the court to therefore interpret s. 5.1 cautiously, if not narrowly. Resurgence relied on *Barrette v. Crabtree Estate*, [1993], 1 S.C.R. 1027 at 1044 and *Bruce Agra Foods Limited v. Proposal of Everfresh Beverages Inc. (Receiver of)* (1996), 45 C.B.R. (3d) 169 (Ont. Gen. Div.) at para. 5 in this regard.

[89] With respect to Resurgence’s complaint regarding the breadth of the claims covered by the release, the Petitioners asserted that the release is not intended to override section 5.1(2). Canadian suggested this can be expressly incorporated into the form of release by adding the words “**excluding the claims excepted by s. 5.1(2) of the CCAA**” immediately prior to subsection (iii) and clarifying the language in Section 5.1 of the Plan. Canadian also acknowledged, in response to a concern raised by Canada Customs and Revenue Agency, that in accordance with s. 5.1(1) of the CCAA, directors of CAC and CAIL could only be released from liability arising before March 24, 2000, the date these proceedings commenced. Canadian suggested this was also addressed in the proposed amendment. Canadian did not address the propriety of including individuals in addition to directors in the form of release.

[90] In my view it is appropriate to amend the proposed release to expressly comply with section 5.1(2) of the CCAA and to clarify Section 5.1 of the Plan as Canadian suggested in its brief. The additional language suggested by Canadian to achieve this result shall be included in the form of order. Canada Customs and Revenue Agency is apparently satisfied with the Petitioners’ acknowledgement that claims against directors can only be released to the date of commencement of proceedings under the CCAA, having appeared at this hearing to strongly support the sanctioning of the Plan, so I will not address this concern further.

[91] Resurgence argued that its claims fell within the categories of excepted claims in section 5.1(2) of the CCAA and accordingly, its concern in this regard is removed by this amendment. Unsecured creditors JHHD Aircraft Leasing No. 1 and No. 2 suggested there may be possible wrongdoing in the acts of the directors during the restructuring process which should not be immune from scrutiny and in my view this complaint would also be caught by the exception captured in the amendment.

[92] While it is true that section 5.2 of the CCAA does not authorize a release of claims against third parties other than directors, it does not prohibit such releases either. The amended terms of the release will not prevent claims from which the CCAA expressly prohibits release. Aside from the complaints of Resurgence, which by their own submissions are addressed in the amendment I have directed, and the complaints of JHHD Aircraft Leasing No. 1 and No. 2, which would also be addressed in the amendment, the terms of the release have been accepted by the requisite majority of creditors and I am loathe to further disturb the terms of the Plan, with one exception.

[93] Amex Bank of Canada submitted that the form of release appeared overly broad and might compromise unaffected claims of affected creditors. For further clarification, Amex Bank of Canada's potential claim for defamation is unaffected by the Plan and I am prepared to order Section 6.2(2)(ii) be amended to reflect this specific exception.

3. Fair and Reasonable

[94] In determining whether to sanction a plan of arrangement under the CCAA, the court is guided by two fundamental concepts: "fairness" and "reasonableness". While these concepts are always at the heart of the court's exercise of its discretion, their meanings are necessarily shaped by the unique circumstances of each case, within the context of the Act and accordingly can be difficult to distill and challenging to apply. Blair J. described these concepts in *Olympia and York Dev. Ltd. v. Royal Trust Co.*, *supra*, at page 9:

"Fairness" and "reasonableness" are, in my opinion, the two keynote concepts underscoring the philosophy and workings of the Companies' Creditors Arrangement Act. Fairness is the quintessential expression of the court's equitable jurisdiction - although the jurisdiction is statutory, the broad discretionary powers given to the judiciary by the legislation which make its exercise an exercise in equity - and "reasonableness" is what lends objectivity to the process.

[95] The legislation, while conferring broad discretion on the court, offers little guidance. However, the court is assisted in the exercise of its discretion by the purpose of the CCAA: to facilitate the reorganization of a debtor company for the benefit of the company, its creditors, shareholders, employees and, in many instances, a much broader constituency of affected persons. Parliament has recognized that reorganization, if commercially feasible, is in most cases preferable, economically and socially, to liquidation: *Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleums Ltd.*, [1989] 2 W.W.R. 566 at 574 (Alta.Q.B.); *Northland Properties Ltd. v. Excelsior Life Insurance Co. of Canada*, [1989] 3 W.W.R. 363 at 368 (B.C.C.A.).

[96] The sanction of the court of a creditor-approved plan is not to be considered as a rubber stamp process. Although the majority vote that brings the plan to a sanction hearing plays a significant role in the court's assessment, the court will consider other matters as are appropriate in light of its discretion. In the unique circumstances of this case, it is appropriate to consider a number of additional matters:

- a. The composition of the unsecured vote;
- b. What creditors would receive on liquidation or bankruptcy as compared to the Plan;
- c. Alternatives available to the Plan and bankruptcy;
- d. Oppression;
- e. Unfairness to Shareholders of CAC; and
- f. The public interest.

a. Composition of the unsecured vote

[97] As noted above, an important measure of whether a plan is fair and reasonable is the parties' approval and the degree to which it has been given. Creditor support creates an inference that the plan is fair and reasonable because the assenting creditors believe that their interests are treated equitably under the plan. Moreover, it creates an inference that the arrangement is economically feasible and therefore reasonable because the creditors are in a better position than the courts to gauge business risk. As stated by Blair J. at page 11 of *Olympia & York Developments Ltd., supra*:

As other courts have done, I observe that it is not my function to second guess the business people with respect to the "business" aspect of the Plan or descending into the negotiating arena or substituting my own view of what is a fair and reasonable compromise or arrangement for that of the business judgment of the participants. The parties themselves know best what is in their interests in those areas.

[98] However, given the manner of voting under the CCAA, the court must be cognizant of the treatment of minorities within a class: see for example *Quintette Coal Ltd.*, (1992) 13 C.B.R. (3rd) 14 (B.C.S.C) and *Re Alabama, New Orleans, Texas and Pacific Junction Railway Co.* (1890) 60 L.J. Ch. 221 (C.A.). The court can address this by ensuring creditors' claims are properly classified. As well, it is sometimes appropriate to tabulate the vote of a particular class so the results can be assessed from a fairness perspective. In this case, the classification was challenged by Resurgence and I dismissed that application. The vote was also tabulated in this case and the results demonstrate that the votes of Air Canada and the Senior Secured Noteholders, who voted their deficiency in the unsecured class, were decisive.

[99] The results of the unsecured vote, as reported by the Monitor, are:

1. For the resolution to approve the Plan: 73 votes (65% in number) representing \$494,762,304 in claims (76% in value);
2. Against the resolution: 39 votes (35% in number) representing \$156,360,363 in claims (24% in value); and
3. Abstentions: 15 representing \$968,036 in value.

[100] The voting results as reported by the Monitor were challenged by Resurgence. That application was dismissed.

[101] The members of each class that vote in favour of a plan must do so in good faith and the majority within a class must act without coercion in their conduct toward the minority. When asked to assess fairness of an approved plan, the court will not countenance secret agreements to vote in favour of a plan secured by advantages to the creditor: see for example, *Hochberger v. Rittenberg* (1916), 36 D.L.R. 450 (S.C.C.)

[102] *In Northland Properties Ltd. (Re)* (1988), 73 C.B.R. (N.S.) 175 at 192-3 (B.C.S.C) aff'd 73 C.B.R. (N.S.) 195 (B.C.C.A.), dissenting priority mortgagees argued the plan violated the principle of equality due to an agreement between the debtor company and another priority mortgagee which essentially amounted to a preference in exchange for voting in favour of the plan. Trainor J. found that the agreement was freely disclosed and commercially reasonable and went on to approve the plan, using the three part test. The British Columbia Court of Appeal upheld this result and in commenting on the minority complaint McEachern J.A. stated at page 206:

In my view, the obvious benefits of settling rights and keeping the enterprise together as a going concern far outweigh the deprivation of the appellants' wholly illusory rights. In this connection, the learned chambers judge said at p.29:

I turn to the question of the right to hold the property after an order absolute and whether or not this is a denial of something of that significance that it should affect these proceedings. There is in the material before me some evidence of values. There are the principles to which I have referred, as well as to the rights of majorities and the rights of minorities. Certainly, those minority rights are there, but it would seem to me that in view of the overall plan, in view of the speculative nature of holding property in the light of appraisals which have been given as to value, that this right is something which should be subsumed to the benefit of the majority.

[103] Resurgence submitted that Air Canada manipulated the indebtedness of CAIL to assure itself of an affirmative vote. I disagree. I previously ruled on the validity of the deficiency when approving the LOIs and found the deficiency to be valid. I found there was consideration for the assignment of the deficiency claims of the various aircraft financiers to Air Canada, namely the provision of an Air Canada guarantee which would otherwise not have been available until plan sanction. The Monitor reviewed the calculations of the deficiencies and determined they were calculated in a reasonable manner. As such, the court approved those transactions. If the deficiency had instead remained with the aircraft financiers, it is reasonable to assume those claims would have been voted in favour of the plan. Further, it would have been entirely appropriate under the circumstances for the aircraft financiers to have retained the deficiency and agreed to vote in favour of the Plan, with the same result to Resurgence. That the financiers did not choose this method was explained by the testimony of Mr. Carty and Robert Peterson, Chief Financial Officer for Air Canada; quite simply it amounted to a desire on behalf of these creditors to shift the "deal risk" associated with the Plan to Air Canada. The agreement reached with the Senior Secured Noteholders was also disclosed and the challenge by Resurgence regarding their vote in the unsecured class was dismissed. There

is nothing inappropriate in the voting of the deficiency claims of Air Canada or the Senior Secured Noteholders in the unsecured class. There is no evidence of secret vote buying such as discussed in *Northland Properties Ltd. (Re)*.

[104] If the Plan is approved, Air Canada stands to profit in its operation. I do not accept that the deficiency claims were devised to dominate the vote of the unsecured creditor class, however, Air Canada, as funder of the Plan is more motivated than Resurgence to support it. This divergence of views on its own does not amount to bad faith on the part of Air Canada. Resurgence submitted that only the Unsecured Noteholders received 14 cents on the dollar. That is not accurate, as demonstrated by the list of affected unsecured creditors included earlier in these Reasons. The Senior Secured Noteholders did receive other consideration under the Plan, but to suggest they were differently motivated suggests that those creditors did not ascribe any value to their unsecured claims. There is no evidence to support this submission.

[105] The good faith of Resurgence in its vote must also be considered. Resurgence acquired a substantial amount of its claim after the failure of the Onex bid, when it was aware that Canadian's financial condition was rapidly deteriorating. Thereafter, Resurgence continued to purchase a substantial amount of this highly distressed debt. While Mr. Symington maintained that he bought because he thought the bonds were a good investment, he also acknowledged that one basis for purchasing was the hope of obtaining a blocking position sufficient to veto a plan in the proposed debt restructuring. This was an obvious ploy for leverage with the Plan proponents

[106] The authorities which address minority creditors' complaints speak of "substantial injustice" (*Keddy Motor Inns Ltd. (Re)* (1992) 13 C.B.R. (3d) 245 (N.S.C.A.), "confiscation" of rights (*Campeau Corp. (Re)* (1992), 10 C.B.R. (3d) 104 (Ont. Ct. (Gen.Div.)); *Skydome Corp. (Re)* (1999), 87 A.C.W.S (3d) 421 (Ont. Ct. Gen. Div.)) and majorities "feasting upon" the rights of the minority (*Quintette Coal Ltd. (Re)*, (1992), 13 C.B.R.(3d) 146 (B.C.S.C.). Although it cannot be disputed that the group of Unsecured Noteholders represented by Resurgence are being asked to accept a significant reduction of their claims, as are all of the affected unsecured creditors, I do not see a "substantial injustice", nor view their rights as having been "confiscated" or "feasted upon" by being required to succumb to the wishes of the majority in their class. No bad faith has been demonstrated in this case. Rather, the treatment of Resurgence, along with all other affected unsecured creditors, represents a reasonable balancing of interests. While the court is directed to consider whether there is an injustice being worked within a class, it must also determine whether there is an injustice with respect the stakeholders as a whole. Even if a plan might at first blush appear to have that effect, when viewed in relation to all other parties, it may nonetheless be considered appropriate and be approved: *Algoma Steel Corp. v. Royal Bank* (1992), 11 C.B.R. (3d) 1 (Ont. Gen. Div.)and *Northland Properties (Re)*, *supra* at 9.

[107] Further, to the extent that greater or discrete motivation to support a Plan may be seen as a conflict, the Court should take this same approach and look at the creditors as a whole and to the objecting creditors specifically and determine if their rights are compromised in an attempt to balance interests and have the pain of compromise borne equally.

[108] Resurgence represents 58.2% of the Unsecured Noteholders or \$96 million in claims. The total claim of the Unsecured Noteholders ranges from \$146 million to \$161 million. The

affected unsecured class, excluding aircraft financing, tax claims, the noteholders and claims under \$50,000, ranges from \$116.3 million to \$449.7 million depending on the resolutions of certain claims by the Claims Officer. Resurgence represents between 15.7% - 35% of that portion of the class.

[109] The total affected unsecured claims, excluding tax claims, but including aircraft financing and noteholder claims including the unsecured portion of the Senior Secured Notes, ranges from \$673 million to \$1,007 million. Resurgence represents between 9.5% - 14.3% of the total affected unsecured creditor pool. These percentages indicate that at its very highest in a class excluding Air Canada's assigned claims and Senior Secured's deficiency, Resurgence would only represent a maximum of 35% of the class. In the larger class of affected unsecured it is significantly less. Viewed in relation to the class as a whole, there is no injustice being worked against Resurgence.

[110] The thrust of the Resurgence submissions suggests a mistaken belief that they will get more than 14 cents on liquidation. This is not borne out by the evidence and is not reasonable in the context of the overall Plan.

b. Receipts on liquidation or bankruptcy

[111] As noted above, the Monitor prepared and circulated a report on the Plan which contained a summary of a liquidation analysis outlining the Monitor's projected realizations upon a liquidation of CAIL ("Liquidation Analysis").

[112] The Liquidation Analysis was based on: (1) the draft unaudited financial statements of Canadian at March 31, 2000; (2) the distress values reported in independent appraisals of aircraft and aircraft related assets obtained by CAIL in January, 2000; (3) a review of CAIL's aircraft leasing and financing documents; and (4) discussions with CAIL Management.

[113] Prior to and during the application for sanction, the Monitor responded to various requests for information by parties involved. In particular, the Monitor provided a copy of the Liquidation Analysis to those who requested it. Certain of the parties involved requested the opportunity to question the Monitor further, particularly in respect to the Liquidation Analysis and this court directed a process for the posing of those questions.

[114] While there were numerous questions to which the Monitor was asked to respond, there were several areas in which Resurgence and the Minority Shareholders took particular issue: pension plan surplus, CRAL, international routes and tax pools. The dissenting groups asserted that these assets represented overlooked value to the company on a liquidation basis or on a going concern basis.

Pension Plan Surplus

[115] The Monitor did not attribute any value to pension plan surplus when it prepared the Liquidation Analysis, for the following reasons:

- 1) The summaries of the solvency surplus/deficit positions indicated a cumulative net deficit position for the seven registered plans, after consideration of contingent liabilities;
- 2) The possibility, based on the previous splitting out of the seven plans from a single plan in 1988, that the plans could be held to be consolidated for financial purposes, which would remove any potential solvency surplus since the total estimated contingent liabilities exceeded the total estimated solvency surplus;
- 3) The actual calculations were prepared by CAIL's actuaries and actuaries representing the unions could conclude liabilities were greater; and
- 4) CAIL did not have a legal opinion confirming that surpluses belonged to CAIL.

[116] The Monitor concluded that the entitlement question would most probably have to be settled by negotiation and/or litigation by the parties. For those reasons, the Monitor took a conservative view and did not attribute an asset value to pension plans in the Liquidation Analysis. The Monitor also did not include in the Liquidation Analysis any amount in respect of the claim that could be made by members of the plan where there is an apparent deficit after deducting contingent liabilities.

[117] The issues in connection with possible pension surplus are: (1) the true amount of any of the available surplus; and (2) the entitlement of Canadian to any such amount.

[118] It is acknowledged that surplus prior to termination can be accessed through employer contribution holidays, which Canadian has taken to the full extent permitted. However, there is no basis that has been established for any surplus being available to be withdrawn from an ongoing pension plan. On a pension plan termination, the amount available as a solvency surplus would first have to be further reduced by various amounts to determine whether there was in fact any true surplus available for distribution. Such reductions include contingent benefits payable in accordance with the provisions of each respective pension plan, any extraordinary plan wind up cost, the amounts of any contribution holidays taken which have not been reflected, and any litigation costs.

[119] Counsel for all of Canadian's unionized employees confirmed on the record that the respective union representatives can be expected to dispute all of these calculations as well as to dispute entitlement.

[120] There is a suggestion that there might be a total of \$40 million of surplus remaining from all pension plans after such reductions are taken into account. Apart from the issue of entitlement, this assumes that the plans can be treated separately, that a surplus could in fact be realized on liquidation and that the Towers Perrin calculations are not challenged. With total pension plan assets of over \$2 billion, a surplus of \$40 million could quickly disappear with relatively minor changes in the market value of the securities held or calculation of liabilities. In the circumstances, given all the variables, I find that the existence of any surplus is doubtful at best and I am satisfied that the Monitor's Liquidation Analysis ascribing it zero value is reasonable in this circumstances.

[121] The Monitor's liquidation analysis as at March 31, 2000 of CRAL determined that in a distress situation, after payments were made to its creditors, there would be a deficiency of approximately \$30 million to pay Canadian Regional's unsecured creditors, which include a claim of approximately \$56.5 million due to Canadian. In arriving at this conclusion, the Monitor reviewed internally prepared unaudited financial statements of CRAL as of March 31, 2000, the Houlihan Lokey Howard and Zukin, distress valuation dated January 21, 2000 and the Simat Helliesen and Eichner valuation of selected CAIL assets dated January 31, 2000 for certain aircraft related materials and engines, rotables and spares. The Avitas Inc., and Avmark Inc. reports were used for the distress values on CRAL's aircraft and the CRAL aircraft lease documentation. The Monitor also performed its own analysis of CRAL's liquidation value, which involved analysis of the reports provided and details of its analysis were outlined in the Liquidation Analysis.

[122] For the purpose of the Liquidation Analysis, the Monitor did not consider other airlines as comparable for evaluation purposes, as the Monitor's valuation was performed on a distressed sale basis. The Monitor further assumed that without CAIL's national and international network to feed traffic into and a source of standby financing, and considering the inevitable negative publicity which a failure of CAIL would produce, CRAL would immediately stop operations as well.

[123] Mr. Peterson testified that CRAL was worth \$260 million to Air Canada, based on Air Canada being a special buyer who could integrate CRAL, on a going concern basis, into its network. The Liquidation Analysis assumed the windup of each of CRAL and CAIL, a completely different scenario.

[124] There is no evidence that there was a potential purchaser for CRAL who would be prepared to acquire CRAL or the operations of CRAL 98 for any significant sum or at all. CRAL has value to CAIL, and in turn, could provide value to Air Canada, but this value is attributable to its ability to feed traffic to and take traffic from the national and international service operated by CAIL. In my view, the Monitor was aware of these features and properly considered these factors in assessing the value of CRAL on a liquidation of CAIL.

[125] If CAIL were to cease operations, the evidence is clear that CRAL would be obliged to do so as well immediately. The travelling public, shippers, trade suppliers, and others would make no distinction between CAIL and CRAL and there would be no going concern for Air Canada to acquire.

International Routes

[126] The Monitor ascribed no value to Canadian's international routes in the Liquidation Analysis. In discussions with CAIL management and experts available in its aviation group, the Monitor was advised that international routes are unassignable licenses and not property rights. They do not appear as assets in CAIL's financials. Mr. Carty and Mr. Peterson explained that routes and slots are not treated as assets by airlines, but rather as rights in the control of the Government of Canada. In the event of bankruptcy/receivership of CAIL, CAIL's trustee/receiver could not sell them and accordingly they are of no value to CAIL.

[127] Evidence was led that on June 23, 1999 Air Canada made an offer to purchase CAIL's international routes for \$400 million cash plus \$125 million for aircraft spares and inventory, along with the assumption of certain debt and lease obligations for the aircraft required for the international routes. CAIL evaluated the Air Canada offer and concluded that the proposed purchase price was insufficient to permit it to continue carrying on business in the absence of its international routes. Mr. Carty testified that something in the range of \$2 billion would be required.

[128] CAIL was in desperate need of cash in mid December, 1999. CAIL agreed to sell its Toronto - Tokyo route for \$25 million. The evidence, however, indicated that the price for the Toronto - Tokyo route was not derived from a valuation, but rather was what CAIL asked for, based on its then-current cash flow requirements. Air Canada and CAIL obtained Government approval for the transfer on December 21, 2000.

[129] Resurgence complained that despite this evidence of offers for purchase and actual sales of international routes and other evidence of sales of slots, the Monitor did not include Canadian's international routes in the Liquidation Analysis and only attributed a total of \$66 million for all intangibles of Canadian. There is some evidence that slots at some foreign airports may be bought or sold in some fashion. However, there is insufficient evidence to attribute any value to other slots which CAIL has at foreign airports. It would appear given the regulation of the airline industry, in particular, the *Aeronautics Act* and the *Canada Transportation Act*, that international routes for a Canadian air carrier only have full value to the extent of federal government support for the transfer or sale, and its preparedness to allow the then-current license holder to sell rather than act unilaterally to change the designation. The federal government was prepared to allow CAIL to sell its Toronto - Tokyo route to Air Canada in light of CAIL's severe financial difficulty and the certainty of cessation of operations during the Christmas holiday season in the absence of such a sale.

[130] Further, statements made by CAIL in mid-1999 as to the value of its international routes and operations in response to an offer by Air Canada, reflected the amount CAIL needed to sustain liquidity without its international routes and was not a representation of market value of what could realistically be obtained from an arms length purchaser. The Monitor concluded on its investigation that CAIL's Narita and Heathrow slots had a realizable value of \$66 million, which it included in the Liquidation Analysis. I find that this conclusion is supportable and that the Monitor properly concluded that there were no other rights which ought to have been assigned value.

Tax Pools

[131] There are four tax pools identified by Resurgence and the Minority Shareholders that are material: capital losses at the CAC level, undepreciated capital cost pools, operating losses incurred by Canadian and potential for losses to be reinstated upon repayment of fuel tax rebates by CAIL.

Capital Loss Pools

[132] The capital loss pools at CAC will not be available to Air Canada since CAC is to be left out of the corporate reorganization and will be severed from CAIL. Those capital losses

can essentially only be used to absorb a portion of the debt forgiveness liability associated with the restructuring. CAC, who has virtually all of its senior debt compromised in the plan, receives compensation for this small advantage, which cost them nothing.

Undepreciated capital cost (“UCC”)

[133] There is no benefit to Air Canada in the pools of UCC unless it were established that the UCC pools are in excess of the fair market value of the relevant assets, since Air Canada could create the same pools by simply buying the assets on a liquidation at fair market value. Mr. Peterson understood this pool of UCC to be approximately \$700 million . There is no evidence that the UCC pool, however, could be considered to be a source of benefit. There is no evidence that this amount is any greater than fair market value.

Operating Losses

[134] The third tax pool complained of is the operating losses. The debt forgiven as a result of the Plan will erase any operating losses from prior years to the extent of such forgiven debt.

Fuel tax rebates

[135] The fourth tax pool relates to the fuel tax rebates system taken advantage of by CAIL in past years. The evidence is that on a consolidated basis the total potential amount of this pool is \$297 million. According to Mr. Carty’s testimony, CAIL has not been taxable in his ten years as Chief Financial Officer. The losses which it has generated for tax purposes have been sold on a 10 - 1 basis to the government in order to receive rebates of excise tax paid for fuel. The losses can be restored retroactively if the rebates are repaid, but the losses can only be carried forward for a maximum of seven years. The evidence of Mr. Peterson indicates that Air Canada has no plan to use those alleged losses and in order for them to be useful to Air Canada, Air Canada would have to complete a legal merger with CAIL, which is not provided for in the plan and is not contemplated by Air Canada until some uncertain future date. In my view, the Monitor’s conclusion that there was no value to any tax pools in the Liquidation Analysis is sound.

[136] Those opposed to the Plan have raised the spectre that there may be value unaccounted for in this liquidation analysis or otherwise. Given the findings above, this is merely speculation and is unsupported by any concrete evidence.

c. Alternatives to the Plan

[137] When presented with a plan, affected stakeholders must weigh their options in the light of commercial reality. Those options are typically liquidation measured against the plan proposed. If not put forward, a hope for a different or more favourable plan is not an option and no basis upon which to assess fairness. On a purposive approach to the CCAA, what is fair and reasonable must be assessed against the effect of the Plan on the creditors and their various claims, in the context of their response to the plan. Stakeholders are expected to decide their fate based on realistic, commercially viable alternatives (generally seen as the prime motivating factor in any business decision) and not on speculative desires or hope for the

future. As Farley J. stated in *Re T. Eaton Co.* (1999) O.J. No. 4216 (Ont. Sup. Ct.) at paragraph 6:

One has to be cognizant of the function of a balancing of their prejudices. Positions must be realistically assessed and weighed, all in the light of what an alternative to a successful plan would be. Wishes are not a firm foundation on which to build a plan; nor are ransom demands.

[138] The evidence is overwhelming that all other options have been exhausted and have resulted in failure. The concern of those opposed suggests that there is a better plan that Air Canada can put forward. I note that significant enhancements were made to the plan during the process. In any case, this is the Plan that has been voted on. The evidence makes it clear that there is not another plan forthcoming. As noted by Farley J. in *T. Eaton Co, supra*, “no one presented an alternative plan for the interested parties to vote on” (para. 8).

d. Oppression

Oppression and the CCAA

[139] Resurgence and the Minority Shareholders originally claimed that the Plan proponents, CAC and CAIL and the Plan supporters 853350 and Air Canada had oppressed, unfairly disregarded or unfairly prejudiced their interests, under Section 234 of the ABCA. The Minority Shareholders (for reasons that will appear obvious) have abandoned that position.

[140] Section 234 gives the court wide discretion to remedy corporate conduct that is unfair. As remedial legislation, it attempts to balance the interests of shareholders, creditors and management to ensure adequate investor protection and maximum management flexibility. The Act requires the court to judge the conduct of the company and the majority in the context of equity and fairness: *First Edmonton Place Ltd. v. 315888 Alberta Ltd.*, (1988) 40 B.L.R.28 (Alta. Q.B.). Equity and fairness are measured against or considered in the context of the rights, interests or reasonable expectations of the complainants: *Re Diligenti v. RWMD Operations Kelowna* (1976), 1 B.C.L.R. 36 (S.C).

[141] The starting point in any determination of oppression requires an understanding as to what the rights, interests, and reasonable expectations are and what the damaging or detrimental effect is on them. MacDonald J. stated in *First Edmonton Place, supra* at 57:

In deciding what is unfair, the history and nature of the corporation, the essential nature of the relationship between the corporation and the creditor, the type of rights affected in general commercial practice should all be material. More concretely, the test of unfair prejudice or unfair disregard should encompass the following considerations: The protection of the underlying expectation of a creditor in the arrangement with the corporation, the extent to which the acts complained of were unforeseeable where the creditor could not reasonably have protected itself from such acts and the detriment to the interests of the creditor.

[142] While expectations vary considerably with the size, structure, and value of the corporation, all expectations must be reasonably and objectively assessed: *Pente Investment Management Ltd. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.).

[143] Where a company is insolvent, only the creditors maintain a meaningful stake in its assets. Through the mechanism of liquidation or insolvency legislation, the interests of shareholders are pushed to the bottom rung of the priority ladder. The expectations of creditors and shareholders must be viewed and measured against an altered financial and legal landscape. Shareholders cannot reasonably expect to maintain a financial interest in an insolvent company where creditors' claims are not being paid in full. It is through the lens of insolvency that the court must consider whether the acts of the company are in fact oppressive, unfairly prejudicial or unfairly disregarded. CCAA proceedings have recognized that shareholders may not have "a true interest to be protected" because there is no reasonable prospect of economic value to be realized by the shareholders given the existing financial misfortunes of the company: *Re Royal Oak Mines Ltd.*, *supra*, para. 4., *Re Cadillac Fairview*, [1995] O.J. 707 (Ont. Sup. Ct), and *Re T. Eaton Company*, *supra*.

[144] To avail itself of the protection of the CCAA, a company must be insolvent. The CCAA considers the hierarchy of interests and assesses fairness and reasonableness in that context. The court's mandate not to sanction a plan in the absence of fairness necessitates the determination as to whether the complaints of dissenting creditors and shareholders are legitimate, bearing in mind the company's financial state. The articulated purpose of the Act and the jurisprudence interpreting it, "widens the lens" to balance a broader range of interests that includes creditors and shareholders and beyond to the company, the employees and the public, and tests the fairness of the plan with reference to its impact on all of the constituents.

[145] It is through the lens of insolvency legislation that the rights and interests of both shareholders and creditors must be considered. The reduction or elimination of rights of both groups is a function of the insolvency and not of oppressive conduct in the operation of the CCAA. The antithesis of oppression is fairness, the guiding test for judicial sanction. If a plan unfairly disregards or is unfairly prejudicial it will not be approved. However, the court retains the power to compromise or prejudice rights to effect a broader purpose, the restructuring of an insolvent company, provided that the plan does so in a fair manner.

Oppression allegations by Resurgence

[146] Resurgence alleges that it has been oppressed or had its rights disregarded because the Petitioners and Air Canada disregarded the specific provisions of their trust indenture, that Air Canada and 853350 dealt with other creditors outside of the CCAA, refusing to negotiate with Resurgence and that they are generally being treated inequitably under the Plan.

[147] The trust indenture under which the Unsecured Notes were issued required that upon a "change of control", 101% of the principal owing thereunder, plus interest would be immediately due and payable. Resurgence alleges that Air Canada, through 853350, caused CAC and CAIL to purposely fail to honour this term. Canadian acknowledges that the trust indenture was breached. On February 1, 2000, Canadian announced a moratorium on payments to lessors and lenders, including the Unsecured Noteholders. As a result of this

moratorium, Canadian defaulted on the payments due under its various credit facilities and aircraft leases.

[148] The moratorium was not directed solely at the Unsecured Noteholders. It had the same impact on other creditors, secured and unsecured. Canadian, as a result of the moratorium, breached other contractual relationships with various creditors. The breach of contract is not sufficient to found a claim for oppression in this case. Given Canadian's insolvency, which Resurgence recognized, it cannot be said that there was a reasonable expectation that it would be paid in full under the terms of the trust indenture, particularly when Canadian had ceased making payments to other creditors as well.

[149] It is asserted that because the Plan proponents engaged in a restructuring of Canadian's debt before the filing under the CCAA, that its use of the Act for only a small group of creditors, which includes Resurgence is somehow oppressive.

[150] At the outset, it cannot be overlooked that the CCAA does not require that a compromise be proposed to all creditors of an insolvent company. The CCAA is a flexible, remedial statute which recognizes the unique circumstances that lead to and away from insolvency.

[151] Next, Air Canada made it clear beginning in the fall of 1999 that Canadian would have to complete a financial restructuring so as to permit Air Canada to acquire CAIL on a financially sound basis and as a wholly owned subsidiary. Following the implementation of the moratorium, absent which Canadian could not have continued to operate, Canadian and Air Canada commenced efforts to restructure significant obligations by consent. They perceived that further damage to public confidence that a CCAA filing could produce, required Canadian to secure a substantial measure of creditor support in advance of any public filing for court protection. Before the Petitioners started the CCAA proceedings on March 24, 2000, Air Canada, CAIL and lessors of 59 aircraft in its fleet had reached agreement in principle on the restructuring plan.

[152] The purpose of the CCAA is to create an environment for negotiations and compromise. Often it is the stay of proceedings that creates the necessary stability for that process to unfold. Negotiations with certain key creditors in advance of the CCAA filing, rather than being oppressive or conspiratorial, are to be encouraged as a matter of principle if their impact is to provide a firm foundation for a restructuring. Certainly in this case, they were of critical importance, staving off liquidation, preserving cash flow and allowing the Plan to proceed. Rather than being detrimental or prejudicial to the interests of the other stakeholders, including Resurgence, it was beneficial to Canadian and all of its stakeholders.

[153] Resurgence complained that certain transfers of assets to Air Canada and its actions in consolidating the operations of the two entities prior to the initiation of the CCAA proceedings were unfairly prejudicial to it.

[154] The evidence demonstrates that the sales of the Toronto - Tokyo route, the Dash 8s and the simulators were at the suggestion of Canadian, who was in desperate need of operating cash. Air Canada paid what Canadian asked, based on its cash flow requirements. The

evidence established that absent the injection of cash at that critical juncture, Canadian would have ceased operations. It is for that reason that the Government of Canada willingly provided the approval for the transfer on December 21, 2000.

[155] Similarly, the renegotiation of CAIL's aircraft leases to reflect market rates supported by Air Canada covenant or guarantee has been previously dealt with by this court and found to have been in the best interest of Canadian, not to its detriment. The evidence establishes that the financial support and corporate integration that has been provided by Air Canada was not only in Canadian's best interest, but its only option for survival. The suggestion that the renegotiations of these leases, various sales and the operational realignment represents an assumption of a benefit by Air Canada to the detriment of Canadian is not supported by the evidence.

[156] I find the transactions predating the CCAA proceedings, were in fact Canadian's life blood in ensuring some degree of liquidity and stability within which to conduct an orderly restructuring of its debt. There was no detriment to Canadian or to its creditors, including its unsecured creditors. That Air Canada and Canadian were so successful in negotiating agreements with their major creditors, including aircraft financiers, without resorting to a stay under the CCAA underscores the serious distress Canadian was in and its lenders recognition of the viability of the proposed Plan.

[157] Resurgence complained that other significant groups held negotiations with Canadian. The evidence indicates that a meeting was held with Mr. Symington, Managing Director of Resurgence, in Toronto in March 2000. It was made clear to Resurgence that the pool of unsecured creditors would be somewhere between \$500 and \$700 million and that Resurgence would be included within that class. To the extent that the versions of this meeting differ, I prefer and accept the evidence of Mr. Carty. Resurgence wished to play a significant role in the debt restructuring and indicated it was prepared to utilize the litigation process to achieve a satisfactory result for itself. It is therefore understandable that no further negotiations took place. Nevertheless, the original offer to affected unsecured creditors has been enhanced since the filing of the plan on April 25, 2000. The enhancements to unsecured claims involved the removal of the cap on the unsecured pool and an increase from 12 to 14 cents on the dollar.

[158] The findings of the Commissioner of Competition establishes beyond doubt that absent the financial support provided by Air Canada, Canadian would have failed in December 1999. I am unable to find on the evidence that Resurgence has been oppressed. The complaint that Air Canada has plundered Canadian and robbed it of its assets is not supported but contradicted by the evidence. As described above, the alternative is liquidation and in that event the Unsecured Noteholders would receive between one and three cents on the dollar. The Monitor's conclusions in this regard are supportable and I accept them.

e. Unfairness to Shareholders

[159] The Minority Shareholders essentially complained that they were being unfairly stripped of their only asset in CAC - the shares of CAIL. They suggested they were being squeezed out by the new CAC majority shareholder 853350, without any compensation or any

vote. When the reorganization is completed as contemplated by the Plan , their shares will remain in CAC but CAC will be a bare shell.

[160] They further submitted that Air Canada’s cash infusion, the covenants and guarantees it has offered to aircraft financiers, and the operational changes (including integration of schedules, “quick win” strategies, and code sharing) have all added significant value to CAIL to the benefit of its stakeholders, including the Minority Shareholders. They argued that they should be entitled to continue to participate into the future and that such an expectation is legitimate and consistent with the statements and actions of Air Canada in regard to integration. By acting to realign the airlines before a corporate reorganization, the Minority Shareholders asserted that Air Canada has created the expectation that it is prepared to consolidate the airlines with the participation of a minority. The Minority Shareholders take no position with respect to the debt restructuring under the CCAA, but ask the court to sever the corporate reorganization provisions contained in the Plan.

[161] Finally, they asserted that CAIL has increased in value due to Air Canada’s financial contributions and operational changes and that accordingly, before authorizing the transfer of the CAIL shares to 853350, the current holders of the CAIL Preferred Shares, the court must have evidence before it to justify a transfer of 100% of the equity of CAIL to the Preferred Shares.

[162] That CAC will have its shareholding in CAIL extinguished and emerge a bare shell is acknowledged. However, the evidence makes it abundantly clear that those shares, CAC’s “only asset”, have no value. That the Minority Shareholders are content to have the debt restructuring proceed suggests by implication that they do not dispute the insolvency of both Petitioners, CAC and CAIL.

[163] The Minority Shareholders base their expectation to remain as shareholders on the actions of Air Canada in acquiring only 82% of the CAC shares before integrating certain of the airlines’ operations. Mr. Baker (who purchased after the Plan was filed with the Court and almost six months after the take over bid by Air Canada) suggested that the contents of the bid circular misrepresented Air Canada’s future intentions to its shareholders. The two dollar price offered and paid per share in the bid must be viewed somewhat skeptically and in the context in which the bid arose. It does not support the speculative view that some shareholders hold, that somehow, despite insolvency, their shares have some value on a going concern basis. In any event, any claim for misrepresentation that Minority Shareholders might have arising from the take over bid circular against Air Canada or 853350 , if any, is unaffected by the Plan and may be pursued after the stay is lifted.

[164] In considering Resurgence’s claim of oppression I have already found that the financial support of Air Canada during this restructuring period has benefited Canadian and its stakeholders. Air Canada’s financial support and the integration of the two airlines has been critical to keeping Canadian afloat. The evidence makes it abundantly clear that without this support Canadian would have ceased operations. However it has not transformed CAIL or CAC into solvent companies.

[165] The Minority Shareholders raise concerns about assets that are ascribed limited or no value in the Monitor's report as does Resurgence (although to support an opposite proposition). Considerable argument was directed to the future operational savings and profitability forecasted for Air Canada, its subsidiaries and CAIL and its subsidiaries. Mr. Peterson estimated it to be in the order of \$650 to \$800 million on an annual basis, commencing in 2001. The Minority Shareholders point to the tax pools of a restructured company that they submit will be of great value once CAIL becomes profitable as anticipated. They point to a pension surplus that at the very least has value by virtue of the contribution holidays that it affords. They also look to the value of the compromised claims of the restructuring itself which they submit are in the order of \$449 million. They submit these cumulative benefits add value, currently or at least realizable in the future. In sharp contrast to the Resurgence position that these acts constitute oppressive behaviour, the Minority Shareholders view them as enhancing the value of their shares. They go so far as to suggest that there may well be a current going concern value of the CAC shares that has been conveniently ignored or unquantified and that the Petitioners must put evidence before the court as to what that value is.

[166] These arguments overlook several important facts, the most significant being that CAC and CAIL are insolvent and will remain insolvent until the debt restructuring is fully implemented. These companies are not just technically or temporarily insolvent, they are massively insolvent. Air Canada will have invested upward of \$3 billion to complete the restructuring, while the Minority Shareholders have contributed nothing. Further, it was a fundamental condition of Air Canada's support of this Plan that it become the sole owner of CAIL. It has been suggested by some that Air Canada's share purchase at two dollars per share in December 1999 was unfairly prejudicial to CAC and CAIL's creditors. Objectively, any expectation by Minority Shareholders that they should be able to participate in a restructured CAIL is not reasonable.

[167] The Minority Shareholders asserted the plan is unfair because the effect of the reorganization is to extinguish the common shares of CAIL held by CAC and to convert the voting and non-voting Preferred Shares of CAIL into common shares of CAIL. They submit there is no expert valuation or other evidence to justify the transfer of CAIL's equity to the Preferred Shares. There is no equity in the CAIL shares to transfer. The year end financials show CAIL's shareholder equity at a deficit of \$790 million. The Preferred Shares have a liquidation preference of \$347 million. There is no evidence to suggest that Air Canada's interim support has rendered either of these companies solvent, it has simply permitted operations to continue. In fact, the unaudited consolidated financial statements of CAC for the quarter ended March 31, 2000 show total shareholders equity went from a deficit of \$790 million to a deficit of \$1.214 million, an erosion of \$424 million.

[168] The Minority Shareholders' submission attempts to compare and contrast the rights and expectations of the CAIL preferred shares as against the CAC common shares. This is not a meaningful exercise; the Petitioners are not submitting that the Preferred Shares have value and the evidence demonstrates unequivocally that they do not. The Preferred Shares are merely being utilized as a corporate vehicle to allow CAIL to become a wholly owned subsidiary of Air Canada. For example, the same result could have been achieved by issuing new shares rather than changing the designation of 853350's Preferred Shares in CAIL.

[169] The Minority Shareholders have asked the court to sever the reorganization from the debt restructuring, to permit them to participate in whatever future benefit might be derived from the restructured CAIL. However, a fundamental condition of this Plan and the expressed intention of Air Canada on numerous occasions is that CAIL become a wholly owned subsidiary. To suggest the court ought to sever this reorganization from the debt restructuring fails to account for the fact that it is not two plans but an integral part of a single plan. To accede to this request would create an injustice to creditors whose claims are being seriously compromised, and doom the entire Plan to failure. Quite simply, the Plan's funder will not support a severed plan.

[170] Finally, the future profits to be derived by Air Canada are not a relevant consideration. While the object of any plan under the CCAA is to create a viable emerging entity, the germane issue is what a prospective purchaser is prepared to pay in the circumstances. Here, we have the one and only offer on the table, Canadian's last and only chance. The evidence demonstrates this offer is preferable to those who have a remaining interest to a liquidation. Where secured creditors have compromised their claims and unsecured creditors are accepting 14 cents on the dollar in a potential pool of unsecured claims totalling possibly in excess of \$1 billion, it is not unfair that shareholders receive nothing.

e. The Public Interest

[171] In this case, the court cannot limit its assessment of fairness to how the Plan affects the direct participants. The business of the Petitioners as a national and international airline employing over 16,000 people must be taken into account.

[172] In his often cited article, *Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act* (1947), 25 Can.Bar R.ev. 587 at 593 Stanley Edwards stated:

Another reason which is usually operative in favour of reorganization is the interest of the public in the continuation of the enterprise, particularly if the company supplies commodities or services that are necessary or desirable to large numbers of consumers, or if it employs large numbers of workers who would be thrown out of employment by its liquidation. This public interest may be reflected in the decisions of the creditors and shareholders of the company and is undoubtedly a factor which a court would wish to consider in deciding whether to sanction an arrangement under the C.C.A.A.

[173] In *Re Repap British Columbia Inc.* (1998), 1 C.B.R. 449 (B.C.S.C.) the court noted that the fairness of the plan must be measured against the overall economic and business environment and against the interests of the citizens of British Columbia who are affected as "shareholders" of the company, and creditors, of suppliers, employees and competitors of the company. The court approved the plan even though it was unable to conclude that it was necessarily fair and reasonable. In *Re Quintette Coal Ltd.*, *supra*, Thackray J. acknowledged the significance of the coal mine to the British Columbia economy, its importance to the people who lived and worked in the region and to the employees of the company and their families. Other cases in which the court considered the public interest in determining whether to sanction a plan under the CCAA include *Canadian Red Cross Society (Re)*, (1998),⁵

C.B.R.(4th) (Ont. Gen. Div.) and *Algoma Steel Corp. v. Royal Bank of Canada (Trustee of)*, [1992] O.J. No. 795 (Ont. Gen. Div.)

[174] The economic and social impacts of a plan are important and legitimate considerations. Even in insolvency, companies are more than just assets and liabilities. The fate of a company is inextricably tied to those who depend on it in various ways. It is difficult to imagine a case where the economic and social impacts of a liquidation could be more catastrophic. It would undoubtedly be felt by Canadian air travellers across the country. The effect would not be a mere ripple, but more akin to a tidal wave from coast to coast that would result in chaos to the Canadian transportation system.

[175] More than sixteen thousand unionized employees of CAIL and CRAL appeared through counsel. The unions and their membership strongly support the Plan. The unions represented included the Airline Pilots Association International, the International Association of Machinists and Aerospace Workers, Transportation District 104, Canadian Union of Public Employees, and the Canadian Auto Workers Union. They represent pilots, ground workers and cabin personnel. The unions submit that it is essential that the employee protections arising from the current restructuring of Canadian not be jeopardized by a bankruptcy, receivership or other liquidation. Liquidation would be devastating to the employees and also to the local and national economies. The unions emphasize that the Plan safeguards the employment and job dignity protection negotiated by the unions for their members. Further, the court was reminded that the unions and their members have played a key role over the last fifteen years or more in working with Canadian and responsible governments to ensure that Canadian survived and jobs were maintained.

[176] The Calgary and Edmonton Airport authorities, which are not for profit corporations, also supported the Plan. CAIL's obligations to the airport authorities are not being compromised under the Plan. However, in a liquidation scenario, the airport authorities submitted that a liquidation would have severe financial consequences to them and have potential for severe disruption in the operation of the airports.

[177] The representations of the Government of Canada are also compelling. Approximately one year ago, CAIL approached the Transport Department to inquire as to what solution could be found to salvage their ailing company. The Government saw fit to issue an order in council, pursuant to section 47 of the *Transportation Act*, which allowed an opportunity for CAIL to approach other entities to see if a permanent solution could be found. A standing committee in the House of Commons reviewed a framework for the restructuring of the airline industry, recommendations were made and undertakings were given by Air Canada. The Government was driven by a mandate to protect consumers and promote competition. It submitted that the Plan is a major component of the industry restructuring. Bill C-26, which addresses the restructuring of the industry, has passed through the House of Commons and is presently before the Senate. The Competition Bureau has accepted that Air Canada has the only offer on the table and has worked very closely with the parties to ensure that the interests of consumers, employees, small carriers, and smaller communities will be protected.

[178] In summary, in assessing whether a plan is fair and reasonable, courts have emphasized that perfection is not required: see for example *Wandlyn Inns Ltd. (Re)* (1992), 15 C.B.R. (3d)

316 (N.B.Q.B), *Quintette Coal, supra* and *Repap, supra*. Rather, various rights and remedies must be sacrificed to varying degrees to result in a reasonable, viable compromise for all concerned. The court is required to view the “big picture” of the plan and assess its impact as a whole. I return to *Algoma Steel v. Royal Bank of Canada., supra* at 9 in which Farley J. endorsed this approach:

What might appear on the surface to be unfair to one party when viewed in relation to all other parties may be considered to be quite appropriate.

[179] Fairness and reasonableness are not abstract notions, but must be measured against the available commercial alternatives. The triggering of the statute, namely insolvency, recognizes a fundamental flaw within the company. In these imperfect circumstances there can never be a perfect plan, but rather only one that is supportable. As stated in *Re Sammi Atlas Inc.*, (1998), 3C.B.R. (4th) 171 at 173 (Ont. Sup. Ct.) at 173:

A plan under the CCAA is a compromise; it cannot be expected to be perfect. It should be approved if it is fair, reasonable and equitable. Equitable treatment is not necessarily equal treatment. Equal treatment may be contrary to equitable treatment.

[180] I find that in all the circumstances, the Plan is fair and reasonable.

IV. CONCLUSION

[181] The Plan has obtained the support of many affected creditors, including virtually all aircraft financiers, holders of executory contracts, AMR, Loyalty Group and the Senior Secured Noteholders.

[182] Use of these proceedings has avoided triggering more than \$1.2 billion of incremental claims. These include claims of passengers with pre-paid tickets, employees, landlords and other parties with ongoing executory contracts, trade creditors and suppliers.

[183] This Plan represents a solid chance for the continued existence of Canadian. It preserves CAIL as a business entity. It maintains over 16,000 jobs. Suppliers and trade creditors are kept whole. It protects consumers and preserves the integrity of our national transportation system while we move towards a new regulatory framework. The extensive efforts by Canadian and Air Canada, the compromises made by stakeholders both within and without the proceedings and the commitment of the Government of Canada inspire confidence in a positive result.

[184] I agree with the opposing parties that the Plan is not perfect, but it is neither illegal nor oppressive. Beyond its fair and reasonable balancing of interests, the Plan is a result of bona fide efforts by all concerned and indeed is the only alternative to bankruptcy as ten years of struggle and creative attempts at restructuring by Canadian clearly demonstrate. This Plan is one step toward a new era of airline profitability that hopefully will protect consumers by promoting affordable and accessible air travel to all Canadians.

[185] The Plan deserves the sanction of this court and it is hereby granted. The application pursuant to section 185 of the ABCA is granted. The application for declarations sought by Resurgence are dismissed. The application of the Minority Shareholders is dismissed.

HEARD on the 5th day of June to the 19th day of June, 2000.

DATED at Calgary, Alberta this 27th day of June, 2000.

J.C.Q.B.A.

APPEARANCES:

A.L. Friend, Q.C.

H.M. Kay, Q.C.

R.B. Low, Q.C.

L. Goldbach

For the Petitioners

S. F. Dunphy

P. O'Kelly

E. Kolers

For Air Canada and 853350 Alberta Ltd.

D.R. Haigh, Q.C.

D.N. Nishimura

A.Z.A. Campbell

D. Tay

For Resurgence Asset Management LLC

L.R. Duncan, Q.C.

G. McCue

For Neil Baker, Michael Salter, Hal Metheral and Roger Midity

F. R. Foran, Q.C.

P. T. McCarthy, Q.C.

For the Monitor, PwC

G.B. Morawetz

R.J. Chadwick

A. McConnell

For the Senior Secured Noteholders and the Bank of Nova Scotia Trust Company

C.J. Shaw, Q.C.

For the unionized employees

T. Mallett

C. Feasby

For Amex Bank of Canada

E.W. Halt

For J. Stephens Allan, Claims Officer

M. Hollins.

For Pacific Coastal Airlines

P. Pastewka

For JHHD Aircraft Leasing No. 1 and No. 2

J. Thom

For the Royal Bank of Canada

J. Medhurst-Tivadar

For Canada Customs and Revenue Agency

R. Wilkins, Q.C.

For the Calgary and Edmonton Airport Authority

TAB 4

CITATION: Re: Canwest Global Communications Corp. 2010 ONSC 4209
COURT FILE NO.: CV-09-8396-00CL
DATE: 20100728

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(COMMERCIAL LIST)

IN THE MATTER OF SECTION 11 OF THE *COMPANIES' CREDITORS*
ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED
AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF CANWEST GLOBAL COMMUNICATIONS AND THE
OTHER APPLICANTS

BEFORE: Pepall J.

COUNSEL: *Lyndon Barnes, Jeremy Dacks and Shawn Irving* for the CMI Entities
David Byers and Marie Konyukhova for the Monitor
Robin B. Schwill and Vince Mercier for Shaw Communications Inc.
Derek Bell for the Canwest Shareholders Group (the "Existing Shareholders")
Mario Forte for the Special Committee of the Board of Directors
Robert Chadwick and Logan Willis for the Ad Hoc Committee of Noteholders
Amanda Darrach for Canwest Retirees
Peter Osborne for Management Directors
Steven Weisz for CIBC Asset-Based Lending Inc.

ORAL REASONS FOR DECISION

[1] This is the culmination of the *Companies' Creditors Arrangement Act*¹ restructuring of the CMI Entities. The proceeding started in court on October 6, 2009, experienced numerous peaks and valleys, and now has resulted in a request for an order sanctioning a plan of compromise, arrangement and reorganization (the "Plan"). It has been a short road in relative terms but not without its challenges and idiosyncrasies. To complicate matters, this restructuring

¹ R.S.C. 1985, c. C-36 as amended.

was hot on the heels of the amendments to the CCAA that were introduced on September 18, 2009. Nonetheless, the CMI Entities have now successfully concluded a Plan for which they seek a sanction order. They also request an order approving the Plan Emergence Agreement, and other related relief. Lastly, they seek a post-filing claims procedure order.

[2] The details of this restructuring have been outlined in numerous previous decisions rendered by me and I do not propose to repeat all of them.

The Plan and its Implementation

[3] The basis for the Plan is the amended Shaw transaction. It will see a wholly owned subsidiary of Shaw Communications Inc. (“Shaw”) acquire all of the interests in the free-to-air television stations and subscription-based specialty television channels currently owned by Canwest Television Limited Partnership (“CTLP”) and its subsidiaries and all of the interests in the specialty television stations currently owned by CW Investments and its subsidiaries, as well as certain other assets of the CMI Entities. Shaw will pay to CMI US \$440 million in cash to be used by CMI to satisfy the claims of the 8% Senior Subordinated Noteholders (the “Noteholders”) against the CMI Entities. In the event that the implementation of the Plan occurs after September 30, 2010, an additional cash amount of US \$2.9 million per month will be paid to CMI by Shaw and allocated by CMI to the Noteholders. An additional \$38 million will be paid by Shaw to the Monitor at the direction of CMI to be used to satisfy the claims of the Affected Creditors (as that term is defined in the Plan) other than the Noteholders, subject to a pro rata increase in that cash amount for certain restructuring period claims in certain circumstances.

[4] In accordance with the Meeting Order, the Plan separates Affected Creditors into two classes for voting purposes:

- (a) the Noteholders; and
- (b) the Ordinary Creditors. Convenience Class Creditors are deemed to be in, and to vote as, members of the Ordinary Creditors’ Class.

[5] The Plan divides the Ordinary Creditors' pool into two sub-pools, namely the Ordinary CTLP Creditors' Sub-pool and the Ordinary CMI Creditors' Sub-pool. The former comprises two-thirds of the value and is for claims against the CTLP Plan Entities and the latter reflects one-third of the value and is used to satisfy claims against Plan Entities other than the CTLP Plan Entities. In its 16th Report, the Monitor performed an analysis of the relative value of the assets of the CMI Plan Entities and the CTLP Plan Entities and the possible recoveries on a going concern liquidation and based on that analysis, concluded that it was fair and reasonable that Affected Creditors of the CTLP Plan Entities share pro rata in two-thirds of the Ordinary Creditors' pool and Affected Creditors of the Plan Entities other than the CTLP Plan Entities share pro rata in one-third of the Ordinary Creditors' pool.

[6] It is contemplated that the Plan will be implemented by no later than September 30, 2010.

[7] The Existing Shareholders will not be entitled to any distributions under the Plan or other compensation from the CMI Entities on account of their equity interests in Canwest Global. All equity compensation plans of Canwest Global will be extinguished and any outstanding options, restricted share units and other equity-based awards outstanding thereunder will be terminated and cancelled and the participants therein shall not be entitled to any distributions under the Plan.

[8] On a distribution date to be determined by the Monitor following the Plan implementation date, all Affected Creditors with proven distribution claims against the Plan Entities will receive distributions from cash received by CMI (or the Monitor at CMI's direction) from Shaw, the Plan Sponsor, in accordance with the Plan. The directors and officers of the remaining CMI Entities and other subsidiaries of Canwest Global will resign on or about the Plan implementation date.

[9] Following the implementation of the Plan, CTLP and CW Investments will be indirect, wholly-owned subsidiaries of Shaw, and the multiple voting shares, subordinate voting shares and non-voting shares of Canwest Global will be delisted from the TSX Venture Exchange. It is anticipated that the remaining CMI Entities and certain other subsidiaries of Canwest Global will be liquidated, wound-up, dissolved, placed into bankruptcy or otherwise abandoned.

[10] In furtherance of the Minutes of Settlement that were entered into with the Existing Shareholders, the articles of Canwest Global will be amended under section 191 of the CBCA to facilitate the settlement. In particular, Canwest Global will reorganize the authorized capital of Canwest Global into (a) an unlimited number of new multiple voting shares, new subordinated voting shares and new non-voting shares; and (b) an unlimited number of new non-voting preferred shares. The terms of the new non-voting preferred shares will provide for the mandatory transfer of the new preferred shares held by the Existing Shareholders to a designated entity affiliated with Shaw for an aggregate amount of \$11 million to be paid upon delivery by Canwest Global of the transfer notice to the transfer agent. Following delivery of the transfer notice, the Shaw designated entity will donate and surrender the new preferred shares acquired by it to Canwest Global for cancellation.

[11] Canwest Global, CMI, CTLP, New Canwest, Shaw, 7316712 and the Monitor entered into the Plan Emergence Agreement dated June 25, 2010 detailing certain steps that will be taken before, upon and after the implementation of the plan. These steps primarily relate to the funding of various costs that are payable by the CMI Entities on emergence from the CCAA proceeding. This includes payments that will be made or may be made by the Monitor to satisfy post-filing amounts owing by the CMI Entities. The schedule of costs has not yet been finalized.

Creditor Meetings

[12] Creditor meetings were held on July 19, 2010 in Toronto, Ontario. Support for the Plan was overwhelming. 100% in number representing 100% in value of the beneficial owners of the 8% senior subordinated notes who provided instructions for voting at the Noteholder meeting approved the resolution. Beneficial Noteholders holding approximately 95% of the principal amount of the outstanding notes validly voted at the Noteholder meeting.

[13] The Ordinary Creditors with proven voting claims who submitted voting instructions in person or by proxy represented approximately 83% of their number and 92% of the value of such claims. In excess of 99% in number representing in excess of 99% in value of the Ordinary Creditors holding proven voting claims that were present in person or by proxy at the meeting voted or were deemed to vote in favour of the resolution.

Sanction Test

[14] Section 6(1) of the CCAA provides that the court has discretion to sanction a plan of compromise or arrangement if it has achieved the requisite double majority vote. The criteria that a debtor company must satisfy in seeking the court's approval are:

- (a) there must be strict compliance with all statutory requirements;
- (b) all material filed and procedures carried out must be examined to determine if anything has been done or purported to be done which is not authorized by the CCAA; and
- (c) the Plan must be fair and reasonable.

See *Re: Canadian Airlines Corp.*²

(a) Statutory Requirements

[15] I am satisfied that all statutory requirements have been met. I already determined that the Applicants qualified as debtor companies under section 2 of the CCAA and that they had total claims against them exceeding \$5 million. The notice of meeting was sent in accordance with the Meeting Order. Similarly, the classification of Affected Creditors for voting purposes was addressed in the Meeting Order which was unopposed and not appealed. The meetings were both properly constituted and voting in each was properly carried out. Clearly the Plan was approved by the requisite majorities.

[16] Section 6(3), 6(5) and 6(6) of the CCAA provide that the court may not sanction a plan unless the plan contains certain specified provisions concerning crown claims, employee claims and pension claims. Section 4.6 of Plan provides that the claims listed in paragraph (1) of the definition of "Unaffected Claims" shall be paid in full from a fund known as the Plan

² 2000 A.B.Q.B. 442 at para. 60, leave to appeal denied 2000 A.B.C.A 238, aff'd 2001 A.B.C.A 9, leave to appeal to S.C.C. refused July 12, 2001.

Implementation Fund within six months of the sanction order. The Fund consists of cash, certain other assets and further contributions from Shaw. Paragraph (1) of the definition of “Unaffected Claims” includes any Claims in respect of any payments referred to in section 6(3), 6(5) and 6(6) of the CCAA. I am satisfied that these provisions of section 6 of the CCAA have been satisfied.

(b) Unauthorized Steps

[17] In considering whether any unauthorized steps have been taken by a debtor company, it has been held that in making such a determination, the court should rely on the parties and their stakeholders and the reports of the Monitor: *Re Canadian Airlines*³.

[18] The CMI Entities have regularly filed affidavits addressing key developments in this restructuring. In addition, the Monitor has provided regular reports (17 at last count) and has opined that the CMI Entities have acted and continue to act in good faith and with due diligence and have not breached any requirements under the CCAA or any order of this court. If it was not obvious from the hearing on June 23, 2010, it should be stressed that there is no payment of any equity claim pursuant to section 6(8) of the CCAA. As noted by the Monitor in its 16th Report, settlement with the Existing Shareholders did not and does not in any way impact the anticipated recovery to the Affected Creditors of the CMI Entities. Indeed I referenced the inapplicability of section 6(8) of the CCAA in my Reasons of June 23, 2010. The second criterion relating to unauthorized steps has been met.

(c) Fair and Reasonable

[19] The third criterion to consider is the requirement to demonstrate that a plan is fair and reasonable. As Paperny J. (as she then was) stated in *Re Canadian Airlines*:

The court’s role on a sanction hearing is to consider whether the plan fairly balances the interests of all stakeholders. Faced with an

³ Ibid, at para. 64 citing *Olympia and York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.* [1993] O.J. No. 545 (Gen. Div.) and *Re: Cadillac Fairview Inc.* [1995] O.J. No. 274 (Gen. Div.).

insolvent organization, its role is to look forward and ask: does this plan represent a fair and reasonable compromise that will permit a viable commercial entity to emerge? It is also an exercise in assessing current reality by comparing available commercial alternatives to what is offered in the proposed plan.⁴

[20] My discretion should be informed by the objectives of the CCAA, namely to facilitate the reorganization of a debtor company for the benefit of the company, its creditors, shareholders, employees and in many instances, a much broader constituency of affected persons.

[21] In assessing whether a proposed plan is fair and reasonable, considerations include the following:

- (a) whether the claims were properly classified and whether the requisite majority of creditors approved the plan;
- (b) what creditors would have received on bankruptcy or liquidation as compared to the plan;
- (c) alternatives available to the plan and bankruptcy;
- (d) oppression of the rights of creditors;
- (e) unfairness to shareholders; and
- (f) the public interest.

[22] I have already addressed the issue of classification and the vote. Obviously there is an unequal distribution amongst the creditors of the CMI Entities. Distribution to the Noteholders is expected to result in recovery of principal, pre-filing interest and a portion of post-filing

⁴ Ibid, at para. 3.

accrued and default interest. The range of recoveries for Ordinary Creditors is much less. The recovery of the Noteholders is substantially more attractive than that of Ordinary Creditors. This is not unheard of. In *Re Armbro Enterprises Inc.*⁵ Blair J. (as he then was) approved a plan which included an uneven allocation in favour of a single major creditor, the Royal Bank, over the objection of other creditors. Blair J. wrote:

“I am not persuaded that there is a sufficient tilt in the allocation of these new common shares in favour of RBC to justify the court in interfering with the business decision made by the creditor class in approving the proposed Plan, as they have done. RBC’s cooperation is a sine qua non for the Plan, or any Plan, to work and it is the only creditor continuing to advance funds to the applicants to finance the proposed re-organization.”⁶

[23] Similarly, in *Re: Uniforêt Inc.*⁷ a plan provided for payment in full to an unsecured creditor. This treatment was much more generous than that received by other creditors. There, the Québec Superior Court sanctioned the plan and noted that a plan can be more generous to some creditors and still fair to all creditors. The creditor in question had stepped into the breach on several occasions to keep the company afloat in the four years preceding the filing of the plan and the court was of the view that the conduct merited special treatment. See also Romaine J.’s orders dated October 26, 2009 in *SemCanada Crude Company et al.*

[24] I am prepared to accept that the recovery for the Noteholders is fair and reasonable in the circumstances. The size of the Noteholder debt was substantial. CMI’s obligations under the notes were guaranteed by several of the CMI Entities. No issue has been taken with the

⁵ (1993), 22 C.B.R. (3rd) 80 (Ont. Gen. Div.).

⁶ *Ibid*, at para. 6.

⁷ (2003), 43 C.B.R. (4th) 254 (Q.E.U.E. S.C.).

guarantees. As stated before and as observed by the Monitor, the Noteholders held a blocking position in any restructuring. Furthermore, the liquidity and continued support provided by the Ad Hoc Committee both prior to and during these proceedings gave the CMI Entities the opportunity to pursue a going concern restructuring of their businesses. A description of the role of the Noteholders is found in Mr. Strike's affidavit sworn July 20, 2010, filed on this motion.

[25] Turning to alternatives, the CMI Entities have been exploring strategic alternatives since February, 2009. Between November, 2009 and February, 2010, RBC Capital Markets conducted the equity investment solicitation process of which I have already commented. While there is always a theoretical possibility that a more advantageous plan could be developed than the Plan proposed, the Monitor has concluded that there is no reason to believe that restarting the equity investment solicitation process or marketing 100% of the CMI Entities assets would result in a better or equally desirable outcome. Furthermore, restarting the process could lead to operational difficulties including issues relating to the CMI Entities' large studio suppliers and advertisers. The Monitor has also confirmed that it is unlikely that the recovery for a going concern liquidation sale of the assets of the CMI Entities would result in greater recovery to the creditors of the CMI Entities. I am not satisfied that there is any other alternative transaction that would provide greater recovery than the recoveries contemplated in the Plan. Additionally, I am not persuaded that there is any oppression of creditor rights or unfairness to shareholders.

[26] The last consideration I wish to address is the public interest. If the Plan is implemented, the CMI Entities will have achieved a going concern outcome for the business of the CTLP Plan Entities that fully and finally deals with the Goldman Sachs Parties, the Shareholders Agreement and the defaulted 8% senior subordinated notes. It will ensure the continuation of employment for substantially all of the employees of the Plan Entities and will provide stability for the CMI Entities, pensioners, suppliers, customers and other stakeholders. In addition, the Plan will maintain for the general public broad access to and choice of news, public and other information and entertainment programming. Broadcasting of news, public and entertainment programming is an important public service, and the bankruptcy and liquidation of the CMI Entities would have a negative impact on the Canadian public.

[27] I should also mention section 36 of the CCAA which was added by the recent amendments to the Act which came into force on September 18, 2009. This section provides that a debtor company may not sell or otherwise dispose of assets outside the ordinary course of business unless authorized to do so by a court. The section goes on to address factors a court is to consider. In my view, section 36 does not apply to transfers contemplated by a Plan. These transfers are merely steps that are required to implement the Plan and to facilitate the restructuring of the Plan Entities' businesses. Furthermore, as the CMI Entities are seeking approval of the Plan itself, there is no risk of any abuse. There is a further safeguard in that the Plan including the asset transfers contemplated therein has been voted on and approved by Affected Creditors.

[28] The Plan does include broad releases including some third party releases. In *Metcalf v. Mansfield Alternative Investments II Corp.*⁸, the Ontario Court of Appeal held that the CCAA court has jurisdiction to approve a plan of compromise or arrangement that includes third party releases. The *Metcalf* case was extraordinary and exceptional in nature. It responded to dire circumstances and had a plan that included releases that were fundamental to the restructuring. The Court held that the releases in question had to be justified as part of the compromise or arrangement between the debtor and its creditors. There must be a reasonable connection between the third party claim being compromised in the plan and the restructuring achieved by the plan to warrant inclusion of the third party release in the plan.

[29] In the *Metcalf* decision, Blair J.A. discussed in detail the issue of releases of third parties. I do not propose to revisit this issue, save and except to stress that in my view, third party releases should be the exception and should not be requested or granted as a matter of course.

[30] In this case, the releases are broad and extend to include the Noteholders, the Ad Hoc Committee and others. Fraud, wilful misconduct and gross negligence are excluded. I have

⁸ (2008), 92 O.R. (3rd) 513 (C.A.).

already addressed, on numerous occasions, the role of the Noteholders and the Ad Hoc Committee. I am satisfied that the CMI Entities would not have been able to restructure without materially addressing the notes and developing a plan satisfactory to the Ad Hoc Committee and the Noteholders. The release of claims is rationally connected to the overall purpose of the Plan and full disclosure of the releases was made in the Plan, the information circular, the motion material served in connection with the Meeting Order and on this motion. No one has appeared to oppose the sanction of the Plan that contains these releases and they are considered by the Monitor to be fair and reasonable. Under the circumstances, I am prepared to sanction the Plan containing these releases.

[31] Lastly, the Monitor is of the view that the Plan is advantageous to Affected Creditors, is fair and reasonable and recommends its sanction. The board, the senior management of the CMI Entities, the Ad Hoc Committee, and the CMI CRA all support sanction of the Plan as do all those appearing today.

[32] In my view, the Plan is fair and reasonable and I am granting the sanction order requested.⁹

[33] The Applicants also seek approval of the Plan Emergence Agreement. The Plan Emergence Agreement outlines steps that will be taken prior to, upon, or following implementation of the Plan and is a necessary corollary of the Plan. It does not confiscate the rights of any creditors and is necessarily incidental to the Plan. I have the jurisdiction to approve such an agreement: *Re Air Canada*¹⁰ and *Re Calpine Canada Energy Ltd.*¹¹ I am satisfied that the agreement is fair and reasonable and should be approved.

⁹ The Sanction Order is extraordinarily long and in large measure repeats the Plan provisions. In future, counsel should attempt to simplify and shorten these sorts of orders.

¹⁰ (2004), 47 C.B.R. (4th) 169 (Ont. S.C.J.).

¹¹ (2007), 35 C.B.R. (5th) 1.

[34] It is proposed that on the Plan implementation date the articles of Canwest Global will be amended to facilitate the settlement reached with the Existing Shareholders. Section 191 of the CBCA permits the court to order necessary amendments to the articles of a corporation without shareholder approval or a dissent right. In particular, section 191(1)(c) provides that reorganization means a court order made under any other Act of Parliament that affects the rights among the corporation, its shareholders and creditors. The CCAA is such an Act: *Beatrice Foods v. Merrill Lynch Capital Partners Inc.*¹² and *Re Laidlaw Inc*¹³. Pursuant to section 191(2), if a corporation is subject to a subsection (1) order, its articles may be amended to effect any change that might lawfully be made by an amendment under section 173. Section 173(1)(e) and (h) of the CBCA provides that:

(1) Subject to sections 176 and 177, the articles of a corporation may by special resolution be amended to

(e) create new classes of shares;

(h) change the shares of any class or series, whether issued or unissued, into a different number of shares of the same class or series or into the same or a different number of shares of other classes or series.

[35] Section 6(2) of the CCAA provides that if a court sanctions a compromise or arrangement, it may order that the debtor's constating instrument be amended in accordance with the compromise or arrangement to reflect any change that may lawfully be made under federal or provincial law.

[36] In exercising its discretion to approve a reorganization under section 191 of the CBCA, the court must be satisfied that: (a) there has been compliance with all statutory requirements;

¹² (1996), 43 CBR (4th) 10.

¹³ (2003), 39 CBR (4th) 239.

(b) the debtor company is acting in good faith; and (c) the capital restructuring is fair and reasonable: *Re: A & M Cookie Co. Canada*¹⁴ and *Mei Computer Technology Group Inc.*¹⁵

[37] I am satisfied that the statutory requirements have been met as the contemplated reorganization falls within the conditions provided for in sections 191 and 173 of the CBCA. I am also satisfied that Canwest Global and the other CMI Entities were acting in good faith in attempting to resolve the Existing Shareholder dispute. Furthermore, the reorganization is a necessary step in the implementation of the Plan in that it facilitates agreement reached on June 23, 2010 with the Existing Shareholders. In my view, the reorganization is fair and reasonable and was a vital step in addressing a significant impediment to a satisfactory resolution of outstanding issues.

[38] A post-filing claims procedure order is also sought. The procedure is designed to solicit, identify and quantify post-filing claims. The Monitor who participated in the negotiation of the proposed order is satisfied that its terms are fair and reasonable as am I.

[39] In closing, I would like to say that generally speaking, the quality of oral argument and the materials filed in this CCAA proceeding has been very high throughout. I would like to express my appreciation to all counsel and the Monitor in that regard. The sanction order and the post-filing claims procedure order are granted.

Pepall J.

Released: July 28, 2010

¹⁴ [2009] O.J. No. 2427 (S.C.J.) at para. 8/

¹⁵ [2005] Q.J. No. 2293 at para. 9.

TAB 5

CITATION: *Harte Gold Corp. (Re)*, 2022 ONSC 653
COURT FILE NO.: CV-21-00673304-00CL
DATE: 2022-02-04

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO (COMMERCIAL LIST)

RE: THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED, Applicant

AND:

A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF HARTE GOLD CORP., Applicant

BEFORE: Penny J.

COUNSEL: *Guy P. Martel, Danny Duy Vu, Lee Nicholson, William Rodler Dumais* for the Applicant

Joseph Pasquariello, Chris Armstrong, Andrew Harmes for the Court appointed Monitor

Leanne M. Williams for the Board of Directors of the Applicant

Marc Wasserman, Kathryn Esaw, Dave Rosenblat, Justin Kanji for 1000025833 Ontario Inc.

Stuart Brotman and Daniel Richer for BNP Paribas

Sean Collins, Walker W. MacLeod and Natasha Rambaran for Appian Capital Advisory LLP, 2729992 Ontario Corp., ANR Investments B.V. and AHG (Jersey) Limited

David Bish for OMF Fund II SO Ltd., Orion Resource Partners (USA) LP and their affiliates

Orlando M. Rosa and Gordon P. Acton for Netmizaaggamig Nishnaabeg First Nation (Pic Mobert First Nation)

Timothy Jones for the Attorney General of Ontario

HEARD: January 28, 2022

ENDORSEMENT

[1] This is a motion by Harte Gold for an approval and reverse vesting order involving the sale of Harte Gold's mining enterprise to a strategic purchaser (that is, an entity in the gold

mining business) and for an order extending the stay and expanding the Monitor's powers to include new entities to be created for the purposes of implementing Harte Gold's proposed restructuring. There was no opposition to the relief sought. All those who appeared at the hearing supported approval of the transaction.

- [2] Following the conclusion of oral submissions on Friday, January 28, 2022, I issued the orders sought with written reasons to follow. These are the reasons.

Background

- [3] Harte Gold is a public company incorporated under the *Business Corporations Act* (Ontario). Prior to January 17, 2022, its shares publicly traded on the Toronto Stock Exchange, Frankfurt Stock Exchange and over-the-counter. Harte Gold operates a gold mine located in northern Ontario within the Sault Ste. Marie Mining Division and approximately 30 km north of the town of White River. This mine, referred to as the Sugar Loaf Mine, produces gold bullion. Harte Gold has a total of 260 employees on payroll, as well as 19 employees retained through various agencies. Harte Gold's payroll obligations are current.
- [4] Of some importance to the form of transaction proposed in this case, involving an approval and reverse vesting order (RVO), is the fact that Harte Gold has 12 material permits and licenses that are required to maintain its mining operations, 24 active work permits and licenses that allow the performance of exploration work on various parts of the Sugar Loaf property and many other forest resource licenses, fire permits and the like, all necessary in one way or another to Harte Gold's continued operations. Harte Gold also has 513 mineral tenures, consisting of three freehold properties, seven leasehold properties, 468 mineral claims and 35 additional tenures. The transfer of these permits and licenses etc. would involve a complex transfer or new application process of indeterminate risk, delay and cost.
- [5] It is also important to note that Harte Gold is party to an Impact Benefits Agreement dated April 2018 between Harte Gold and Netmizaaggamig Nishnaabeg First Nation.
- [6] Harte Gold has two primary secured creditors. They are: a numbered company (833) owned by Silver Lake Resources Limited (an Australian gold mine company). 833 is a very recent assignee of significant secured debt from BNPP; and, AHG Jersey Limited (AHG is part of the Appian group). Appian entities are also counterparties to a number of offtake agreements under which Harte Gold sells gold in exchange for prices determined by a pricing formula tied to the London bullion market. Orion is, similarly, a counterparty to additional offtake agreements. BNPP, following the assignment of its secured debt, has retained additional obligations in respect of certain hedging arrangements provided to Harte Gold. Harte Gold also has a number of trade and other unsecured creditors who are owed an estimated \$7.5 million for pre-filing obligations and further amounts for services rendered post-filing.

- [7] At the time of its initial application to the court, Harte Gold's assets were valued at \$163.8 million. Its liabilities were valued at \$166.1 million. On a balance sheet basis, therefore, Harte Gold was insolvent.
- [8] Since about 2019, Harte Gold has been pursuing a number of measures to address a growing liquidity problem, a problem only exacerbated by the Covid-19 pandemic. Despite these efforts, in 2020 Harte Gold was obliged to seek agreement from its prime lender, BNPP, to defer debt payments and to seek a forbearance from enforcement of BNPP's security. In May 2021, Harte Gold initiated a strategic review of options to achieve the desired liquidity and to fund the acquisition of new capital. Harte Gold appointed a strategic committee of its board and, shortly thereafter, a special committee of independent directors. The special committee retained FTI as financial advisor (FTI was subsequently appointed Monitor by this Court) and developed a plan to attract new capital through a potential sale.
- [9] This pre-filing strategic process involved approaching over 250 potential buyers. 31 of these entities executed confidentiality agreements; 28 of those conducted due diligence through Harte Gold's virtual data room. Harte Gold received four nonbinding expressions of interest but, by the bid deadline in September 2021, no binding offers had been received.
- [10] In the aftermath of this unsuccessful process, Silver Lake through 833 acquired BNPP's debt and advanced a proposal to acquire Harte Gold's operations by way of a credit bid and to provide interim financing in connection with any proceedings under the CCAA. An initial order under the CCAA issued from this Court on December 7, 2021.
- [11] In the midst of this process, Harte Gold received a competing proposal to make a credit bid from Harte Gold's second secured creditor, Appian. As a result of these developments, Harte Gold resolved to conduct a further (albeit brief, given the extensive process that had just been completed) sale and investment solicitation process, this time with a stalking horse bid. Further competing proposals took place between Silver Lake and Appian over who would be the stalking horse bidder. As a result of this process, the stalking horse bid of Silver Lake was significantly improved. Appian was then content to let Silver Lake's credit bid form the basis of the SISF. I approved this process in an order dated December 20, 2021.
- [12] The Monitor provided a new solicitation notice to a total of 48 known and previously unknown potential bidders (other than Silver Lake and Appian). None of the potentially interested parties signed a confidentiality agreement or requested access to the data room.
- [13] Only one competing bid was received – a further credit bid from Appian with improved conditions over those proposed by Silver Lake. Ultimately, all parties agreed that the responding commitment from Silver Lake which was at least as favourable to stakeholders as the Appian bid would be, in effect, the prevailing and winning bid.
- [14] This took the form of a Second Amended and Restated Subscription Agreement (SARSA) with 833, the actual purchaser. The improved terms were: (a) the assumption by the purchaser of Harte Gold's office lease at 161 Bay Street in Toronto; (b)(i) the proviso that

the \$10 million cap on payment of cure costs and pre-filing trade creditors does not apply to the assumption of post-filing trade creditor obligations; and (ii) all amounts owing by Harte Gold to any of the Appian parties are subject to a settlement agreement between 833 Ontario, Silver Lake and Appian and excluded from the pre-filing cure costs; and, (c) the undertaking to pay an additional cash deposit of US\$1,693,658.72, equivalent to approximately 5% of the Appian indebtedness.

[15] In broad brush terms, the Silver Lake/833 purchase is structured as a reverse vesting order. The transaction will involve:

- the cancellation of all Harte Gold shares and the issue of new shares to the purchaser
- payment by the purchaser of all secured debt
- payment by the purchaser of virtually all pre-filing trade amounts (estimated at \$7.5 million but with a \$10 million cap) and post-filing trade amounts
- certain excluded contracts and liabilities being assigned to newly formed companies which will, ultimately, be put into bankruptcy. The excluded contracts and liabilities include a number of agreements involving ongoing or future services in respect of which there is little if any money currently owed. They also include a number of contracts with Appian entities and Orion, both of which support approval of the transaction. The employment contracts of four terminated executives will, however, be excluded liabilities, which will nullify the value of any termination claims. Notably, excluded liabilities does not include regulatory or environmental liabilities to any government authority
- retaining on the payroll all but four employees (the four members of the executive team whose employment contracts will be terminated), and
- releases, including of Harte Gold and its directors and officers, the Monitor and its legal counsel and Silver Lake and its directors and officers.

There is no provision for any break fee. Nor is there a request for any form of sealing order.

[16] I should add that the value of what the purchaser is paying for Harte Gold's business, including the secured debt, the pre and post-filing trade amounts, interim financing and the like, totals well over \$160 million.

Issues

[17] There are three principal issues:

- (1) Whether the proposed transaction should be approved, including the reverse vesting order transaction structure and the form of the proposed release;
- (2) Whether the stay should be extended; and,

- (3) Whether the Monitor's mandate should be extended to include additional companies (newcos) being incorporated for the purposes of executing the proposed transaction.

Analysis

[18] 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".

[19] Section 36(1) of the CCAA provides:

A debtor company in respect of which an order has been made under this Act may not sell or otherwise dispose of assets outside the ordinary course of business unless authorized to do so by a court. Despite any requirement for shareholder approval, including one under federal or provincial law, the court may authorize the sale or disposition even if shareholder approval was not obtained.

[20] Section 36(3) of the CCAA provides a non-exhaustive list of factors to be considered on a motion to approve a sale. These include:

- (a) whether the process leading to the proposed sale or disposition was reasonable in the circumstances;
- (b) whether the monitor approved the process leading to the proposed sale or disposition;
- (c) whether the monitor filed with the court a report stating that in their opinion the sale or disposition would be more beneficial to the creditors than a sale or disposition under a bankruptcy;
- (d) the extent to which the creditors were consulted;
- (e) the effects of the proposed sale or disposition on the creditors and other interested parties; and
- (f) whether the consideration to be received for the assets is reasonable and fair, taking into account their market value.

[21] The s. 36(3) criteria largely correspond to the principles articulated in *Royal Bank v. Soundair Corp*, 1991 CanLII 2727 (ONCA) for the approval of the sale of assets in an insolvency scenario:

- (a) whether sufficient effort has been made to obtain the best price and that the debtor has not acted improvidently;
- (b) the interests of all parties;
- (c) the efficacy and integrity of the process by which offers have been obtained; and
- (d) whether there has been unfairness in the working out of the process:

see *Target Canada Co. (Re)*, 2015 ONSC 1487, at paras. 14-17.

- [22] The purchase transaction for which approval is being sought in this case does not provide for a sale of assets but, rather, provides for a “reverse vesting order” under which the purchaser will become the sole shareholder of Harte Gold and certain excluded assets, excluded contracts and excluded liabilities will be vested out to new companies incorporated for that purpose.
- [23] In determining whether the transaction should be approved and the RVO granted, it is appropriate to consider:
- (a) the statutory basis for a reverse vesting order and whether a reverse vesting order is appropriate in the circumstances; and,
 - (b) the factors outlined in s. 36(3) of the CCAA, making provision or adjustment, as appropriate, for the unique aspects of a reverse vesting transaction.

The Statutory Basis (Jurisdiction) for a Reverse Vesting Order

- [24] The first reverse vesting sale transaction appears to have been approved by this Court in *Plasco Energy (Re)*, (July 17, 2015), CV-15-10869-00CL in the handwritten endorsement of Justice Wilton-Siegel. The use of the reverse vesting order structure was not in dispute (indeed, in most of the cases, reported and otherwise, there has been no dispute). Wilton-Siegel J. found “the Court has authority under section 11 of the CCAA to authorize such transactions notwithstanding that the applicants are not proceeding under s. 6(2) of the CCAA insofar as it is not contemplated that the applicants will propose a plan of arrangement or compromise.”
- [25] A few dozen of these orders have been made since that time, mostly in a context where there was no opposition and no obvious or identified unfairness arising from the use of the RVO structure. The frequency of applications based on court approval of an RVO structure has increased significantly in the past few years.
- [26] More recently, two reverse vesting orders have been approved in contested cases and been considered by appellate courts in Canada. I cite these two cases in particular because, being opposed and appealed, there tends to be a more in-depth analysis of the issues than is usually the case in the context of unopposed orders.
- [27] In *Arrangement relatif à Nemaska Lithium Inc*, 2020 QCCS 3218 at paras. 52 and 71 (leave to appeal to QCCA refused, *Arrangement relatif à Nemaska Lithium Inc*, 2020 QCCA 1488; leave to appeal to SCC refused, *Arrangement relatif à Nemaska Lithium Inc*, 2021 CarswellQue 4589), Justice Gouin of the Quebec Superior Court approved a reverse vesting transaction in the face of opposition by a creditor. Following a nine day hearing, Gouin J. reviewed the context of the transaction in detail and carefully analyzed the purpose and efficiency of the RVO in maintaining the going concern operations of the debtor companies. He also found that the approval of the RVO should be considered under s. 36 CCAA, subject to determining, for example:

- Whether sufficient efforts to get the best price have been made and whether the parties acted providently
- The efficacy and integrity of the process followed
- The interests of the parties, and
- Whether any unfairness resulted from the process.

Gouin J. considered that these criteria had been met and found the issuance of the RVO to be a valid exercise of his discretion, concluding that it would serve to maximize creditor recoveries while maintaining the debtor companies as a going concern and allowing an efficient transfer of the necessary permits, licences and authorizations to the purchaser.

- [28] In denying leave to appeal, the Quebec Court of Appeal noted that the CCAA judge found that “the terms ‘sell or otherwise dispose of assets outside the ordinary course of business’ under subsection 36(1) of the CCAA should be broadly interpreted to allow a CCAA judge to grant innovative solutions such as RVOs on a case by case basis, in accordance with the wide discretionary powers afforded the supervising judge pursuant to section 11 CCAA, as recognized by the Supreme Court in *Callidus*”: *Nemaska QCCA* at para 19.
- [29] Similarly, in *Quest University Canada (Re)*, 2020 BCSC 1883, Justice Fitzpatrick of the British Columbia Supreme Court extensively reviewed the caselaw related to a CCAA court’s authority to grant a reverse vesting order. Fitzpatrick J. found that the CCAA provided sufficient authority to grant the reverse vesting order being sought, which was consistent “with the remedial purposes of the CCAA” and consistent with the Supreme Court of Canada’s ruling on CCAA jurisdiction in *9354-9186 Québec Inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10. She found, therefore, that the issue in each case is not whether the court has sufficient jurisdiction but whether the relief is “appropriate” in the circumstances and stakeholders are treated as fairly and reasonably as the circumstances permit.
- [30] In *Quest*, the debtor was in the process of putting forward a plan of compromise under the CCAA. It encountered resistance from an unsecured creditor whose vote could potentially have prevented the necessary creditor approval of the plan. The debtor revised its approach, deleting all conditions precedent requiring creditor and court approval and proceeded with a motion for the approval of an RVO to achieve what it was really after; that is, a sale of certain assets to a new owner with Quest continuing as a going concern academic institution.
- [31] Fitzpatrick J. relied on *Callidus* to the effect that:
- Courts have long recognized that s. 11 of the CCAA signals legislative endorsement of the “broad reading of CCAA authority developed by the jurisprudence”. 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”

- the CCAA generally prioritizes “avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company”
- 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 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
- The exercise of the discretion under s. 11 must further the remedial objectives of the CCAA and be guided by the baseline considerations of appropriateness, good faith, and due diligence
- 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. The supervising judge is best positioned to undertake this inquiry.

[32] The SCC in *Callidus* made an important point in the context of the limits of broad discretion; all discretion has limits and its exercise under s. 11 must accord with the objectives of the CCAA and other insolvency legislation in Canada. 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. Further, the discretion under s. 11 must also be exercised in furtherance of three baseline considerations: (a) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (b) that the applicant has been acting in good faith and (c) with due diligence.

[33] Ultimately, Fitzpatrick J. held that, in the complex and unique circumstances of that case, it was appropriate to exercise her discretion to allow the RVO structure. Quest sought this relief in good faith and while acting with due diligence to promote the best outcome for all stakeholders. She considered the balance between the competing interests at play and concluded that the proposed transaction was unquestionably the fairest and most reasonable means by which the greatest benefit can be achieved for the overall stakeholder group.

[34] The British Columbia Court of Appeal refused leave to appeal, concluding that the appeal was not “meritorious”, also noting that reverse vesting orders had been granted in other contested proceedings, namely *Nemaska*. The BCCA also stated that the reverse vesting order granted by Fitzpatrick J. “reflect[ed] precisely the type of intricate, fact-specific, real-time decision making that inheres in judges supervising CCAA proceedings”: *Southern Star Developments Ltd. v. Quest University Canada*, 2020 BCCA 364.

- [35] It is worthy of note that, in both *Nemaska* and *Quest*, the *bona fides* of the objectors were front and centre in the judicial analysis and, in both cases, the motivations and objectives of the objectors were found suspect and inadequate.
- [36] The jurisdiction of the court to issue an RVO is frequently said to arise from s. 11 and s. 36(1) of the CCAA. However, the structure of the transaction employing an RVO typically does not involve the debtor ‘selling or otherwise disposing of assets outside the ordinary course of business’, as provided in s. 36(1). This is because the RVO structure is really a purchase of shares of the debtor and “vesting out” from the debtor to a new company, of unwanted assets, obligations and liabilities.
- [37] I am, therefore, not sure I agree with the analysis which finds jurisdiction to issue an RVO in s. 36(1). But that can be left for another day because I am wholeheartedly in agreement that s. 11, as broadly interpreted in the jurisprudence including, most recently, *Callidus*, clearly provides the court with jurisdiction to issue such an order, provided the discretion available under s. 11 is exercised in accordance with the objects and purposes of the CCAA. And it is for this reason that I also wholeheartedly agree that the analytical framework of s. 36(3) for considering an asset sale transaction, even though s. 36 may not support a standalone basis for jurisdiction in an RVO situation, should be applied, with necessary modifications, to an RVO transaction.
- [38] Given this context, however, I think it would be wrong to regard employment of the RVO structure in an insolvency situation as the “norm” or something that is routine or ordinary course. Neither the BIA nor the CCAA deal specifically with the use or application of an RVO structure. The judicial authorities approving this approach, while there are now quite a few, do not generally provide much guidance on the positive and negative implications of this restructuring technique or what to look out for. Broader-based commentary and discussion is only now just now starting to emerge. This suggests to me that the RVO should continue to be regarded as an unusual or extraordinary measure; not an approach appropriate in any case merely because it may be more convenient or beneficial for the purchaser. Approval of the use of an RVO structure should, therefore, involve close scrutiny. The Monitor and the court must be diligent in ensuring that the restructuring is fair and reasonable to all parties having regard to the objectives and statutory constraints of the CCAA. This is particularly the case where there is no party with a significant stake in the outcome opposing the use of an RVO structure. The debtor, the purchaser and especially the Monitor, as the court appointed officer overseeing the process and answerable to the court (and in addition to all the usual enquiries and reporting obligations), must be prepared to answer questions such as:
- (a) Why is the RVO necessary in this case?
 - (b) Does the RVO structure produce an economic result at least as favourable as any other viable alternative?
 - (c) Is any stakeholder worse off under the RVO structure than they would have been under any other viable alternative? and

(d) Does the consideration being paid for the debtor's business reflect the importance and value of the licences and permits (or other intangible assets) being preserved under the RVO structure?

[39] With this in mind, I will turn to the enumerated s. 36(3) factors. To the extent there are RVO specific issues of concern apart from those enumerated in s. 36(3), I will also address those in the following section of my analysis.

The Section 36 Factors in the RVO Context

Reasonableness of the Process Leading to the Proposed Sale

[40] Between the pre-filing strategic review process and the court approved SISP, the business and assets of Harte Gold have been extensively marketed on a global basis. While the SISP was subject to variation from the format contemplated in my earlier order, the ability of the applicant, in conjunction with the Monitor, to vary the process was already established in that order. I find, in any event, that the adjustments made were appropriate in the circumstances, given there were no new bidders and the only offers came from the two competing secured creditors who had already been extensively involved in the process and whose status, interests and objectives were well known to the applicant and the Monitor.

[41] Prior to its appointment as Monitor, FTI was intimately involved at all stages of the strategic review process, including the implementation of the pre-filing marketing process and the negotiation of the original proposed subscription agreement that was executed prior to the commencement of the CCAA proceedings and subsequently replaced by the stalking horse bid and the SARSA.

[42] Following the commencement of the CCAA proceedings, the Monitor was involved in the negotiations that resulted in the execution of the stalking horse bid and the SARSA. In addition, the Monitor has overseen the implementation of the SISP and is satisfied that it was carried out in accordance with the SISP procedures, including the Monitor's consent to the amendment of the SISP procedures to cancel the auction as unnecessary and accept the SARSA as the best option available.

[43] The Monitor's opinion is that the process was reasonable, leading to the best outcome reasonably available in the circumstances.

[44] I am satisfied that the sales process was reasonable. The transaction now before the Court was the culmination of approximately seven months of extensive solicitation efforts on the part of both Harte Gold and FTI as part of the pre-filing strategic process and the SISP.

[45] Harte Gold and FTI broadly canvassed the market by contacting 241 parties regarding their potential interest in acquiring Harte Gold's business and assets. This process ultimately culminated in initial competing bids from Silver Lake and Appian and, subsequently, additional competing bids from both entities as part of the SISP. The competitive tension in this process resulted in material improvements for stakeholders on both occasions.

Comparison with Sale in Bankruptcy

- [46] The Monitor has considered whether the completion of the transaction contemplated by the SARSA would be more beneficial to creditors of the applicant and stakeholders generally than a sale or disposition of the business and assets of Harte Gold under a bankruptcy. The Monitor is unambiguously of the view that the SARSA transaction is the vastly more beneficial option.
- [47] The SISP has shown that the SARSA represents the highest and best offer available for Harte Gold's business and assets. The Monitor is satisfied that the approval and completion of the transactions contemplated by the SARSA are in the best interests of the creditors of Harte Gold and its stakeholders generally.
- [48] In addition to anything else, a bankruptcy would jeopardize ongoing operations and the permits and licences necessary to maintain such operations. A sale in bankruptcy would delay and, again, jeopardize the approval and closing of the proposed transaction as it would be necessary to first assign Harte Gold into bankruptcy or obtain a bankruptcy order, convene a meeting of creditors, appoint inspectors and obtain the approval of the inspectors for the transaction prior to seeking a more traditional AVO or an RVO. Additional costs would also be incurred in undertaking those steps. Silver Lake would have to continue to advance additional funds to finance ongoing operations during this extended period. There is no indication it would be willing to do so. In any event, requiring such a process would fundamentally change the value proposition the purchaser has relied upon and is willing to accept.
- [49] Taking all this into account, a sale or disposition of the business and assets of the applicant in a bankruptcy would almost certainly result in a lower recovery for stakeholders and would not be more beneficial than closing the RVO transaction in the CCAA proceedings.

Consultation with Creditors

- [50] Harte Gold's major creditors are Silver Lake, the Appian parties and BNPP. BNPP still has potential claims of approximately \$28 million in respect of its hedge agreements. Silver Lake has claims of approximately \$95 million in respect of the DIP facility and the first lien credit facilities it acquired from BNPP. The Appian parties have claims of approximately US\$34 million in respect of amounts owing under the Appian facility and additional potential claims in respect of obligations under royalty and offtake agreements.
- [51] BNPP was consulted throughout the strategic review process and has executed a support agreement with the purchaser. In addition, as previously described, the purchaser and the Appian Parties have been extensively involved in the SISP.
- [52] While there is no evidence of consultations with unsecured creditors, I do not regard that as a material deficiency given that virtually all creditors, secured and unsecured alike, are going to be paid in full under the terms of the SARSA.

- [53] The Monitor is of the view that the degree of creditor consultation has been appropriate in the circumstances. The Monitor does not consider that any material change in the outcome of efforts to sell the business and assets of the Applicant would have resulted from additional creditor consultation.
- [54] I find, on the evidence, that the Monitor's assessment of this factor is well supported and correct.

The Effect of the Proposed Sale on Creditors and Other Interested Parties

- [55] The proposed transaction affords the following benefits to the creditors and to stakeholders generally:
- (a) the retention and payment in full of the claims of almost all creditors of Harte Gold;
 - (b) continued employment for all except four of the Harte Gold's employees;
 - (c) ongoing business opportunities for suppliers of goods and services to the Sugar Loaf Mine; and
 - (d) the continuation of the benefits of the existing Impact Benefits Agreement with Netmizaaggamig Nishnaabeg First Nation.
- [56] The Monitor's opinion is that the effect of the proposed transaction is overwhelming positive for the vast majority of Harte Gold's creditors and other stakeholders apart (as discussed below) from the shareholders who have no reasonable economic interest at this point.
- [57] Unlike *Quest*, this is not a case in which the RVO is being used to thwart creditor opposition. Indeed, the evidence is that almost all creditors, secured and unsecured, will be paid in full. To the extent there might be concerns that an RVO structure could be used to thwart creditor democracy and voting rights, those concerns are not present here. This is not a traditional "compromise" situation. It is hard to see how anything would change under a creditor class vote scenario because almost all of the creditors are being paid in full.
- [58] The evidence is that there is no creditor being placed in a worse position, because of the use of an RVO transaction structure, than they would have been in under a more traditional asset sale and AVO structure (or, for that matter, under any plausible plan of compromise).
- [59] Because the transaction contemplates the cancellation of all existing shares and related rights in Harte Gold and the issue of new shares to the purchaser, the existing shareholders of Harte Gold will receive no recovery on their investment. Being a public company, Harte Gold has issued material change notices as the events described above were unfolding. By the time of the commencement of the CCAA proceedings, the shareholders had been advised in no uncertain terms that there was no prospect of shareholders realizing any value for their equity investment.

- [60] The evidence of Harte’s financial problems and balance sheet insolvency, the unsuccessful pre-filing strategic review process, and the hard reality that the only parties willing to bid anything for Harte Gold were the holders of secured debt (and only for, effectively, the value of the secured debt plus carrying and process costs) only serves to emphasize that equity holders will not see, and on any other realistic scenario would not see, any recovery of their equity investment in Harte Gold.
- [61] Under s. 186(1) of the OBCA, “reorganization” includes a court order made under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or an order made under the *Companies Creditors Arrangement Act* approving a proposal. While the term “proposal” is unfortunate (because there are no formal “proposals” under the CCAA), I view the use of this term in the non-technical sense of the word; that is, as encompassing any proposal such as the proposed transaction brought forward for the approval of the Court under the provisions of the CCAA in this case.
- [62] Section 186(2) of the OBCA provides that if a corporation is subject to a reorganization, its articles may be amended by the court order to effect any change that might lawfully be made by an amendment under s. 168. Section 168(1)(g) provides that a corporation may from time to time amend its articles to add, change or remove any provision that is set out in its articles, including to change the designation of all or any of its shares, and add, change or remove any rights, privileges, restrictions and conditions, including rights to accrued dividends, in respect of all or any of its shares. This provides the jurisdiction of the court to approve the cancellation of all outstanding shares and the issuance of new shares to the purchaser.
- [63] Section 36(1) of the CCAA contemplates that despite any requirement for shareholder approval, the court may authorize a sale or disposition out of the ordinary course even if shareholder approval is not obtained. While, again, s. 36(1) is concerned with asset sales, the underlying logic of this provision applies to an assessment of cancellation of shares as well. In this case, there is no prospect of shareholder recovery on any realistic scenario.
- [64] Equity claims are subject to special treatment under the CCAA. Section 6(8) prohibits court approval of a plan of compromise if any equity is to be paid before payment in full of all claims that are not equity claims. Section 22(1) provides that equity claimants are prohibited from voting on a plan unless the court orders otherwise. In short, shareholders have no economic interest in an insolvent enterprise: *Sino-Forest Corporation (Re)*, 2012 ONSC 4377, paras. 23-29. In circumstances like Harte Gold’s, where the shareholders have no economic interest, present or future, it would be unnecessary and, indeed, inappropriate to require a vote of the shareholders: *Stelco Inc. (Re)*, 2006 CanLII 4500 at para. 11. The order requested for the cancellation of existing shares is, for these reasons, justified in the circumstances.
- [65] Taking all this into account, I find that the effect of the transaction on creditors and stakeholders is overwhelmingly positive and the best outcome reasonably available in the circumstances.

Fairness of Consideration

- [66] Harte Gold's business and assets have been extensively marketed both prior to and during the CCAA proceedings. At the conclusion of the SISP, two bids were available, which were equivalent in all material respects and represented the highest and best offers received. As described earlier, all parties concurred that the Silver Lake-sponsored SARSA should be determined to be the successful bid. As also described above, the closing of the SARSA transaction will provide a vastly superior recovery for creditors than would a liquidation of Harte Gold's assets in bankruptcy. Based on the market, therefore, the consideration must be considered fair and reasonable.¹
- [67] A further concern with an RVO transaction structure such as this one could be whether, in effect, a purchaser making a credit bid might be getting something (i.e., the licences and permits) for nothing (i.e., the licences and permits were not subject to the creditor's security). It is possible that in a bankruptcy, for example, the licences and permits might have no value. The evidence here is that the purchaser is paying more than Harte Gold would be worth in a bankruptcy. The evidence is also that the purchaser is paying considerably more than just the value of the secured debt. This includes cure costs for third party trade creditors and DIP financing to keep the Mine operational – both payments being made to bring about the acquisition of the Mine as a going concern.
- [68] It is true that no attempt has been made to put an independent value on the transfer of the licences and permits. However, any strategic buyer (Silver Lake is a strategic buyer and acquired the BNPP debt for this purpose) would need the licences and permits. The results of the pre-filing strategic process and the SISP constitutes evidence that no one else among the universe of potential purchasers of an operating gold mine in Northern Ontario was willing to pay more than Silver Lake was willing to pay. In the circumstances, I do not think it could be seriously suggested that Silver Lake is getting "something" for "nothing".
- [69] The Monitor is satisfied that the consideration is fair in the circumstances. I agree with the Monitor's assessment for the reasons outlined above.

Other Considerations Re Appropriateness of RVO vs. AVO

- [70] As noted, Harte Gold has twelve material permits and licenses that are required to maintain its mining operations, as well as twenty-four active work permits and licenses that allow the performance of exploration work and many other forest resource licences and fire permits.
- [71] The principal objective and benefit of employing the RVO approach in this case is the preservation of Harte Gold's many permits and licences necessary to conduct operations at the Sugar Loaf Mine. Under a traditional asset sale and AVO structure, the purchaser would

¹ The total value of the consideration is, perhaps coincidentally, also roughly equivalent to the value of Harte Gold's assets as shown in its audited financial statements in the last full year prior to the commencement of these proceedings.

have to apply to the various agencies and regulatory authorities for transfers of existing licences and permits or, if transfers are not possible, for new licences and permits. This is a process that would necessarily involve risk, delay, and cost. The RVO sought in this case achieves the timely and efficient preservation of the necessary licences and permits necessary for the operations of the Mine.

- [72] It is no secret that time is not on the side of a debtor company faced with Harte Gold's financial challenges. It is also relevant that the purchaser has agreed to provide DIP financing up to \$10.8 million and substantial cure costs of pre and post filing trade obligations. This is all financing required to be able to continue operations as a going concern at the Mine post closing and to fund the CCAA process.
- [73] The position of the purchaser is, not unreasonably, that it will not both continue to fund ongoing operations and the CCAA process and undertake a process of application to relevant government agencies for transfers of the Harte Gold licenses and permits (or, if necessary, for new ones) with all of the risks and uncertainties of possible adverse outcomes and indeterminant delays and costs associated with such a process. The RVO structure will enable the transaction to be completed efficiently and expeditiously, without exposure to these material risks, delays and costs.
- [74] The Monitor supports the use of the RVO transaction structure. The Monitor has also pointed out that the applicant holds some 513 mineral tenures, consisting of three freehold properties, seven leasehold properties, 468 mineral claims and 35 additional tenures. The reverse vesting structure avoids the need to amend the various registrations to reflect a new owner, which would add more cost and delay if the proposed purchase transaction was to proceed through a traditional asset purchase and vesting order.
- [75] In addition, Harte Gold has a significant number of contracts that will be retained under the SARSA. Again, the RVO transaction structure will avoid potentially significant delays and costs associated with having to seek consent to assignment from contract counterparties or, if consents could not be obtained, orders assigning such contracts under s. 11.3 of the CCAA. The Monitor has also pointed out that under the SARSA and the RVO, the purchaser will be required to pay applicable cure costs in respect of the retained contracts which has been structured in substantially the same manner as contemplated by s. 11.3(4) of the CCAA if a contract was assigned by court order.
- [76] For all these reasons, I accept that the proposed RVO transaction structure is necessary to achieve the clear benefits of the Silver Lake purchase and that it is appropriate to approve this transaction in the circumstances.

Conclusion on RVO/Section 36 Issues

- [77] In all the circumstances, I find that the RVO sought in the circumstances of this case is in the interests of the creditors and stakeholders in general. I consider the RVO to be appropriate in the circumstances. The RVO will: provide for timely, efficient and impartial resolution of Harte Gold's insolvency; preserve and maximize the value of Harte Gold's

assets; ensure a fair and equitable treatment of the claims against Harte Gold; protect the public interest (in the sense of preserving employment for well over 250 employees as well as numerous third party suppliers and service providers and maintaining Harte Gold's commitments to the First Nations peoples of the area); and, balances the costs and benefits of Harte Gold's restructuring or liquidation.

Release

- [78] Harte Gold seeks a Release which includes the present and former directors and officers of Harte Gold and the newcos, the Monitor and its legal counsel, and the purchaser and its directors, and officers. The proposed Release covers all present and future claims against the released parties based upon any fact, matter of occurrence in respect of the SARSA transactions or Harte Gold and its assets, business or affairs, except any claim for fraud or willful misconduct or any claim that is not permitted to be released under s. 5.1(2) of the CCAA.
- [79] CCAA courts have frequently approved releases, both in the context of a plan and in the absence of a CCAA plan, both on consent and in contested matters. These releases have been in favour of the parties, directors, officers, monitors, counsel, employees, shareholders and advisors.
- [80] I find that the requested Release is reasonable and appropriate in the circumstances. I base my decision on an assessment of following factors taken from *Lydian International Limited (Re)*, 2020 ONSC 4006 at para. 54. As is often the case in the exercise of discretionary powers, it is not necessary for each of the factors to apply for the release to be approved.
- [81] Whether the claims to be released are rationally connected to the purpose of the restructuring: The claims released are rationally connected to Harte Gold's restructuring. The Release will have the effect of diminishing claims against the released parties, which in turn will diminish indemnification claims by the released parties against the Administration Charge and the Directors' Charge. The result is a larger pool of cash available to satisfy creditor claims. Given that a purpose of a CCAA proceeding is to maximize creditor recovery, a release that helps achieve this goal is rationally connected to the purpose of the Company's restructuring.
- [82] Whether the releasees contributed to the restructuring: The released parties made significant contributions to Harte Gold's restructuring, both prior to and throughout these CCAA Proceedings. Among other things, the extensive efforts of the directors and management of Harte Gold were instrumental in the conduct of the pre-filing strategic process, the SISF and the continued operations of Harte Gold during the CCAA proceedings. With a proposed sale that will maintain Harte Gold as a going concern and permit most creditors to receive recovery in full, these CCAA proceedings have had what must be considered a "successful" outcome for the benefit of Harte Gold's stakeholders. The released parties have clearly contributed time, energy and resources to achieve this outcome and accordingly, are deserving of a release.

- [83] Whether the Release is fair, reasonable and not overly broad: The Release is fair and reasonable. Harte Gold is unaware of any outstanding director claims or liabilities against its directors and officers. Similarly, Harte Gold is unaware of any claims against the advisors related to their provision of services to Harte Gold or to the purchaser relating to Harte Gold or these CCAA proceedings. As such, the Release is not expected to materially prejudice any stakeholders. Further, the Release is sufficiently narrow. Regulatory or environmental liabilities owed to any government authority have not been disclaimed and the language of the Release was specifically negotiated with the Ministry of Northern Development and Mines to preserve those identified obligations. Further, the Release carves out and preserves claims that are not permitted to be released pursuant to s. 5.1(2) of the CCAA and claims arising from fraud or wilful misconduct. The scope of the Release is sufficiently balanced and will allow Harte Gold and the released parties to move forward with the transaction and to conclude these CCAA proceedings.
- [84] Whether the restructuring could succeed without the Release: The Release is being sought, with the support of Silver Lake and the Appian parties (the most significant stakeholders in these CCAA proceedings) as it will enhance the certainty and finality of the transaction. Additionally, Harte Gold and the purchaser both take the position that the Release is an essential component to the transaction.
- [85] Whether the Release benefits Harte Gold as well as the creditors generally: The Release benefits Harte Gold and its creditors and other stakeholders by reducing the potential for the released parties to seek indemnification, thus minimizing further claims against the Administration Charge and the Directors' Charge.
- [86] Creditors' knowledge of the nature and effect of the Release: All creditors on the service list were served with materials relating to this motion. Harte Gold also made additional efforts to serve all parties with excluded claims under the transaction. Additionally, the form of the Release was included in the draft approval and reverse vesting order that was included in the original Application Record in these CCAA proceedings. All of this provided stakeholders with ample notice and time to raise concerns with Harte Gold or the Monitor. No creditor (or any other stakeholder) has objected to the Release. A specific claims process for claims against the released parties in these circumstances would only result in additional costs and delay without any apparent corresponding benefit.

Extension of the Stay

- [87] The current stay period expires on January 31, 2022. Under s. 11.02 of the CCAA, the court may grant an extension of a 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.
- [88] Harte Gold is seeking to extend the stay period to and including March 29, 2022 to allow it to proceed with the closing of the Silver Lake transaction, while at the same time preserving the status quo and preventing creditors and others from taking any steps to try and better their positions in comparison to other creditors.

[89] No creditors are expected to suffer material prejudice as a result of the extension of the stay of proceedings. Harte Gold is acting in good faith and will continue to pay its post-filing obligations in the ordinary course. As detailed in Harte Gold's cash flow forecast, it is expected to have sufficient liquidity to continue its operations during the contemplated extension of the stay.

[90] For these reasons the stay is extended to March 29, 2022.

Expansion of Monitor's Powers

[91] The CCAA provides the Court with broad discretion in respect of the Monitor's functions. Section 23(1)(k) of the CCAA provides that the Monitor can "carry out any other functions in relation to the [debtor] company that the court may direct". In addition, of course, s. 11 of the CCAA authorizes this Court to make any order that is necessary and appropriate in the circumstances.

[92] The order for the Monitor's expanded powers is intended to provide the Monitor with the power, effective upon the issuance of the approval and reverse vesting order, to administer the affairs of the newcos (which is necessary to complete the transaction), along with powers necessary to wind down these CCAA proceedings and to put the newcos into bankruptcy following the close of the transaction. No creditor is prejudiced by the expansion of the Monitor's powers to facilitate the transaction and the wind-down of the CCAA proceedings. On the contrary, the granting of such powers is necessary to achieve the benefits of the transaction to stakeholders which have been described above.

[93] I approve the grant of the requested powers to the Monitor.

Conclusion

[94] For all these reasons, the motion for an order approving the Silver Lake transaction, including the RVO structure, is granted. The additional requests for orders extending the stay and expanding the Monitor's powers are also granted.

Penny J.

Date: 2022-02-04

TAB 6

CITATION: Imperial Tobacco Canada Limited, 2023 ONSC 5449
COURT FILE NO.: CV-19-615862-00CL, CV-19-616077-00CL and CV-19-616779-00CL
DATE: 2023-10-05

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF JTI-MACDONALD CORP.

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITED AND IMPERIAL TOBACCO COMPANY LIMITED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF ROTHMANS, BENSON & HEDGGES INC.

BEFORE: Chief Justice Geoffrey B. Morawetz

COUNSEL: *John MacDonald, Deborah Glendinning, Craig Lockwood, Marc Wasserman and Marleigh Dick*, for Imperial Tobacco Canada Limited and Imperial Tobacco Company Limited

Paul Steep, Heather Meredith and Trevor Courtis, for Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Robert Thornton and Leanne Williams, for JTI-MacDonald Corp.

Natasha MacParland, Chanakya Sethi, Benjamin Jarvis and Mehak Suri, for FTI Consulting Canada Inc. in its capacity as court-appointed Monitor of Imperial Tobacco Canada Limited and Imperial Tobacco Company Limited

Jane Dietrich, for Ernst & Young Inc. in its capacity as court appointed Monitor of Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Pamela Huff, Linc Rogers and Jake Harris, for Deloitte Restructuring Inc. in its capacity as Monitor of JTI-Macdonald Corp.

Robert Cunningham, for The Canadian Cancer Society

Avram Fishman and Mark E. Meland, for Conseil Québécois sur le tabac et la santé, Jean-Yves Blais and Cécilia Létourneau (Quebec Class Action Plaintiffs)

Amanda McInnis and Steven Weisz, for Grand River Enterprises Six Nations Ltd.

Jacqueline Wall, for His Majesty the King in Right of Ontario

Adam Slavens, for JTI Canada LLC Inc. and PricewaterhouseCoopers Inc., in its capacity as Receiver of JTI-Macdonald TM Corp.

David Ullmann, for La Nordique Compagnie D'Assurance du Canada

Raymond Wagner, Madeleine Carter and Lauren Harper, Representative Counsel for the Pan-Canadian Claimants

Clifton Prophet and Nichols Kluge, for Philip Morris International Inc.

Andre Michael and Michael Eizenga, for the Provinces of British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island and Saskatchewan, in their capacities as Plaintiffs in the HCCR Legislation claims

Peter R. Lawless, for Legal Services Branch, British Columbia

Edward R. Gores, for the Ministry of the Attorney General of Nova Scotia

Bryan McLeese, for R.J. Reynolds Tobacco Company and R.J. Reynolds Tobacco International Inc.

Douglas Lennox, for Representative Plaintiff, Kenneth Knight, in the certified British Columbia Class Action, *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, Supreme Court of British Columbia, Vancouver Registry No. L031300

William V. Sasso and Harvey T. Strosberg, for The Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board

Nadia Champion, for Court-Appointed Mediator, The Honourable Warren K. Winkler

Brett Harrison, for the Province of Quebec

**HEARD and
DETERMINED:** September 27, 2023

RELEASED: October 5, 2023

ENDORSEMENT

[1] This endorsement relates to all three Applicants, JTI-MacDonald Corp., (“JTI”) Imperial Tobacco Canada Limited and Imperial Tobacco Company Limited (collectively “Imperial”) and Rothmans, Benson & Hedges Inc. (“RBH”).

[2] At the conclusion of the hearing, a Stay Extension was granted to all Applicants up to and including March 29, 2024, with reasons to follow. Oral directions were provided and these directions are set out at paragraphs [11] - [21].

[3] The evidence in support of the requested relief is set out in the 16th Report of FTI Consulting Canada Inc. as Monitor of Imperial, the 14th Report of Ernst & Young Inc., as Monitor of RBH and the 15th Report of Deloitte Restructuring Inc., Monitor of JTI (collectively, the “Reports”).

[4] In addition, the Affidavit of Philippe Trudell, one of the attorneys representing Conseil Québécois sur le tabac et la santé (“QCAPS”) was also filed.

[5] All three motions for an extension of the Stay Period were not opposed.

[6] The Reports outline the current state of affairs.

[7] The Record establishes that all three Applicants have been and continue to work in good faith and with due diligence. The Record also establishes that much work remains outstanding and additional time is required until comprehensive plans of arrangement can be finalized.

[8] In addition, the Affidavit of Mr. Trudell outlines the situation facing a number of claimants and underscores the necessity for progress to be made in the development of plans of arrangement.

[9] The Reports confirm that all Applicants have sufficient liquidity to carry on operations during the period of the proposed extension of the Stay Period.

[10] I am satisfied that all three Applicants have established that circumstances exist that require an extension of the Stay Period up to and including March 29, 2024, and such order is granted.

[11] In granting such relief, I am mindful that all stakeholders have been involved in negotiating various issues for a period of approximately four and one-half years. There are a number of outstanding issues which remain to be addressed. I expect that these issues have been outstanding for a considerable period of time. It is now time for all stakeholders to focus on the finalization of comprehensive plans of arrangement. For this reason, I have determined that it is both necessary and appropriate to provide certain directions to the Monitors and to the Honourable Warren K. Winkler, Court-appointed Mediator. These directions were provided orally at the conclusion of the hearing on September 27, 2023 and are repeated below.

[12] The Record establishes that all parties continue to be engaged with the Court-appointed Mediator, the Honourable Warren K. Winkler.

[13] The Record also establishes, through the detailed reports of the Monitors, that each Monitor has a thorough understanding of the issues facing their respective Applicants.

[14] The Record also establishes that these CCAA proceedings are extremely complex.

[15] The dollar value of potential claims is astronomical and is clearly beyond the ability for any or all of the Applicants to satisfy these claims from their available assets.

[16] There is also an unresolved issue as to how the three Applicants will address the issue of allocation of responsibility for such issues.

[17] It would be a challenge for any one Applicant to address the outstanding issues – let alone for all three Applicants to address the issues in the context of a comprehensive Plan of Arrangement.

[18] In formulating an acceptable Plan of Arrangement, it has often been stated that no plan is perfect (See: *Sammi Atlas Inc. (Re)*, (1998) 3 C.B.R. (4th) 171 (Ont. Gen. Div.), at para. 4). The objective is to produce a plan or in this case plans, which will be acceptable to the required statutory majority of creditors and also be seen to be fair and reasonable.

[19] In my view, if a successful plan is to be forthcoming, the best chance for the development of such a plan will be achieved by directing neutral parties to collaborate and develop such a plan. In the circumstances, such neutrals are already in place. The three Court-appointed Monitors are well-positioned to collaborate with each other in conjunction with the Court-appointed Mediator to develop such plans.

[20] The existing structure of the mediation can be utilized to facilitate the development of such plans. The Monitors and the Mediator are obviously familiar with the issues and in view of their existing neutrality, it seems to me that they are in the best position to develop plans that, after due consideration by all three Applicants and the creditors, will have the best opportunity to be considered to be fair and reasonable to all three Applicants and to their creditors.

[21] The Applicants filed for CCAA protection four and one-half years ago. It is now time to move from observable activity to meaningful action.

[22] Accordingly, I am directing the three Monitors, to work in conjunction with the Honourable Warren K. Winkler, Court-appointed Mediator, to develop Plans of Compromise or Arrangement. The Monitors and the Court-appointed Mediator are also directed to keep this Court updated as to their progress.

[23] The motions of all three Applicants are granted, in accordance with the directions noted above.

[24] Three orders that reflect the foregoing have been signed.

Chief Justice Geoffrey B. Morawetz

Date: October 5, 2023

TAB 7

See para. 7.

CITATION: Imperial Tobacco Canada Limited, et al, Re, 2019 ONSC 1684
COURT FILE NO.: CV-19-616077CL
DATE: 20190315

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, C. C-36 AS AMENDED AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITED, AND IMPERIAL TOBACCO COMPANY LIMITED, Applicants

BEFORE: McEwen J.

COUNSEL: *Deborah Glendinning, Marc Wasserman, John A. MacDonald, and Michael De Lellis*, for the Applicants

David Byers and Maria Konyukhova, for the British American Tobacco p.l.c., B.A.T. Industries p.l.c., and British American Tobacco (Investments) Limited

Jay Swartz, Robin Schwill, and Natasha MacParland, for the Proposed Monitor, FTI Consulting Canada Inc.

Jonathan Lisus and Matthew Gottlieb, for the Proposed Tobacco Claimant Representative

HEARD: March 12, 2019

ENDORSEMENT

[1] On March 12, 2019 I granted the Initial Order, as amended, with reasons to follow. I am now providing those reasons.

Background

[2] Imperial Tobacco Canada Limited (“ITCAN”) and its subsidiary Imperial Tobacco Company Limited (“ITCO”) (together, the “Applicants”) seek an Initial Order for a stay of all existing and prospective proceedings pursuant to s. 11.02(1) of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended (the “CCAA”), primarily so that they can effect a global resolution of multiple claims that have been brought or may be brought against ITCAN and related companies in Canada. They also seek the same relief on behalf of their related companies.

[3] The timing of this Application stems from the recent judgment of the Quebec Court of Appeal in *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358 (the “Quebec Appeal Judgment”), in which the Applicants and co-defendants were

found liable for damages totalling approximately \$13.5 billion. Based on the filed record, enforcement of the Quebec Appeal Judgment would likely spell the end of the Applicants' business because ITCAN does not have sufficient funds to satisfy the judgment. ITCAN's share of the judgment exceeds \$9 billion.

[4] Amongst other submissions, the Applicants stress that enforcement of the Quebec Appeal Judgment places in serious jeopardy the continued employment of the Applicants' 466 full-time and 98 contract employees across Canada who receive wages and salaries of approximately \$70 million per year. The Applicants also point to the fact that they generate taxes payable to various levels of government across Canada totalling approximately \$4 billion per year. They further stress that, based on industry publications, if the Applicants and other legal producers of tobacco products in Canada cease to operate then the illegal tobacco trade could expand to fill the void.

[5] In addition to the Quebec Appeal Judgment, ITCAN (and in some cases related companies) face more than 20 large proceedings across Canada. In Ontario alone there are four actions claiming damages in excess of \$330 billion. The actions across the country include government actions to recover healthcare costs incurred in connection with smoking related diseases; smoking and health class actions seeking damages on behalf of individuals; and a class action brought by Ontario tobacco growers in relation to certain pricing practices of ITCAN. Most of these cases are in the preliminary stages.

[6] The Applicants submit that in the above circumstances the proposed Initial Order is necessary and reasonable as it seeks an overall solution with respect to the Quebec Appeal Judgment and other outstanding and potential proceedings.

Analysis

[7] ITCAN and ITCO are incorporated pursuant to the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44. ITCO is a privately held subsidiary of ITCAN. Their registered head offices are located in Brampton, Ontario. Their liabilities clearly exceed \$5 million as a result of the Quebec Appeal Judgment. According to the affidavit filed by Mr. Eric Thauvette, the vice-president and chief financial officer of ITCAN, the Applicants do not have sufficient funds to pay the Quebec Appeal Judgment that is currently payable.

[8] Based on the above, the Applicants are insolvent companies to which the CCAA applies. I am also of the view that it is appropriate to grant the stay of proceedings requested by the Applicants. This court, pursuant to the provisions of s. 11.02 of the CCAA, may grant a stay of proceedings if it is satisfied that circumstances exist that make such an order appropriate.

[9] It is settled law that the principal purpose of the CCAA is to maintain the *status quo* while a debtor company has the opportunity to consult with its creditors and stakeholders with a view to continue the company's operations. In the circumstances of this case, ITCAN cannot pay the amount of the Quebec Appeal Judgment and the Judgment is currently enforceable. Enforcement would cause the Applicants serious harm. As I have outlined above, it would also jeopardize tax revenue and legal trade in tobacco. It is therefore appropriate to grant the stay of proceedings requested by the Applicants as all stakeholders would likely be detrimentally

affected if the Quebec Appeal Judgment was enforced. These stakeholders include employees, retirees, customers, landlords, suppliers, the provincial and federal governments, and contingent litigation creditors. Specifically, a stay creates a level playing field amongst the litigation claimants.

[10] Insofar as the proposed monitor is concerned I am satisfied that FTI Consulting Canada Inc. (“FTI”) is a suitable monitor and should be appointed in these proceedings pursuant to s. 11.7 of the CCAA. FTI is an experienced monitor who frequently acts in this capacity in CCAA proceedings. FTI is not subject to any of the restrictions set out in s. 11.7(2) of the CCAA.

[11] I also agree with the Applicants that the CCAA extension should be extended to the non-Applicants British American Tobacco p.l.c. (“BAT”) and B.A.T. International Finance p.l.c., B.A.T. Industries P.L.C., British American Tobacco (Investments) Limited, Carreras Rothmans Limited, and entities related to or affiliated with them (the “BAT Affiliates”), Liggett & Myers Tobacco Company of Canada Limited (“Liggett & Myers”), and other non-Applicant subsidiaries noted in the Application Record.

[12] I have jurisdiction to extend the stay: *Tamerlane Ventures Inc., Re*, 2013 ONSC 5461 and *Pacific Exploration & Production Corp., Re*, 2016 ONSC 5429. In my view, it is reasonable to do so in circumstances where most of the outstanding proceedings against ITCAN also name BAT and the BAT Affiliates as co-defendants. Further, Liggett & Myers and the other non-Applicant subsidiaries are highly integrated with the Applicants and indispensable to the Applicants’ business and restructuring. As submitted, certain of them hold trademarks or other assets of ITCAN, provide services to ITCAN, share the cash management system with ITCAN, and /or have guaranteed ITCAN debts from time to time. It is reasonable to extend the stay to these entities. Failure to do so would undermine the intent of the stay. Further, given the stay of proceedings that I have granted with respect to the Applicants, I see no prejudice to claimants in existing and potential proceedings if the stay is extended.

[13] I am further satisfied that the charges requested below by the Applicants are reasonable and should be granted.

[14] The Administration Charge in the amount of \$5 million is fair and reasonable. The restructuring will be an extremely extensive and expensive undertaking. It will involve a great deal of effort by the professional advisors who are subject to this charge. I do not see any duplication of the roles. Furthermore, the Administration Charge is supported by the Applicants’ parent and other related companies, which are secured creditors. The amount is reasonable given the size of this matter.

[15] I am further satisfied that the Tobacco Claimant Coordinator Charge is reasonable. I pause here to note that the Applicants had proposed that a Tobacco Claimant Coordinator be described as the “Tobacco Claimant Representative”. To avoid any confusion that might suggest that the Honourable Warren K. Winkler, Q.C., whom I have appointed, may be seen to displace existing counsel, or to take some sort of role that may be considered binding in nature with

respect to any of the litigants affected by this order, the title was amended to Tobacco Claimant Coordinator.

[16] Given the immense size and complexity of this matter, I am of the view that a charge is reasonable with respect to the Honourable Warren K. Winkler, Q.C. as per the terms of the Interim Order so that he, along with others, can begin a claims process. It is also reasonable to allow him to retain the independent counsel requested and provide for a charge of \$1 million.

[17] It is reasonable that the Administration and Tobacco Claimant Coordinator Charges rank as first charges *pari passu* given their importance.

[18] The Directors' and Officers' Charge sought should also be approved to ensure that the Applicants enjoy ongoing stability during these CCAA proceedings.

[19] The directors and officers reasonably insist that a charge be put in place. I agree with their concerns. They also have significant knowledge and experience. The Applicants and related companies require that the directors and officers can continue on with the management of the businesses.

[20] The proposed charge of \$16 million, which stands second in priority to the aforementioned Administration and Tobacco Claim Coordinator Charges, is also reasonable.

[21] Last, insofar as the charges are concerned, I am also satisfied that the charge concerning Sales and Excise Taxes in the maximum amount of \$580 million is also reasonable as a third charge. It is important that this charge be granted so that the directors and officers do not face personal liability for the taxes. I reviewed the Applicants' record and I am satisfied that the amount is fair and reasonable.

[22] All of the charges are supported by FTI.

[23] In addition to the above specific comments, I am further satisfied that the remaining terms of the proposed Interim Order ought to be granted. The Applicants will be carrying on business during the CCAA proceedings. The filed materials demonstrate that the Applicants and their affiliated companies expect that the Applicants will continue to carry on their business in a profitable fashion and be able to meet both their pre-filing and post-filing obligations. It is in the best interests of all stakeholders to allow for the payment of these obligations.

[24] BAT, the BAT Affiliates, and FTI all support the Applicants' position, including their intention and ability to meet their current payables in the ordinary course of conducting business.

[25] For all of the reasons above, the Application was granted and the Interim Order was signed, as amended.

Date: March 15, 2019

TAB 8

CITATION: Imperial Tobacco Limited, 2024 ONSC 6061
COURT FILE NOS.: CV-19-615862-00CL, CV-19-616077-00CL and CV-19-616779-00CL
DATE: 2024-11-04

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF JTI-MACDONALD CORP.

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITED AND IMPERIAL TOBACCO COMPANY LIMITED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.

BEFORE: Chief Justice Geoffrey B. Morawetz

COUNSEL: *Robert Thornton, Mitch Grossell, Rachel Nicholson and Scott McGrath*, for JTI-Macdonald Corp.

Deborah Glendinning, Marc Wasserman, Marleigh Dick and Martino Calvaruso, for Imperial Tobacco Canada Limited and Imperial Tobacco Company Limited

Paul Steep, Trevor Courtis, Jamey Gage, Heather Meredith and Meena Alnajar, for Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Natasha MacParland, Chanakya Sethi and Anisha Visvanatha, for FTI Consulting Canada Inc., in its capacity as court-appointed Monitor of Imperial Tobacco Canada Limited and Imperial Tobacco Company Limited

R. Shayne Kukulowicz and Joseph Bellissimo, for Ernst & Young Inc., in its capacity as court-appointed Monitor of Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Linc Rogers, Pamela Huff and Jake Harris, for Deloitte Restructuring Inc., in its capacity as Monitor of JTI-Macdonald Corp.

Maria Konyukhova, for British American Tobacco p.l.c., B.A.T. Industries, p.l.c. and British American

Robert Cunningham, for the Canadian Cancer Society

Scott Bomhof, Adam Slavens, Jeremy Opolsky and Alec Angle, for JT Canada LLC Inc., and PricewaterhouseCoopers Inc., in its capacity as Receiver of JTI-Macdonald TM Corp.

Avram Fishman, Mark E. Meland, André Lespérance, Harvey Chaiton and Gordon Kugler, Conseil québécois sur le tabac et la santé, Jean-Yves Blais and Cécilia Létourneau (Quebec Class Action Plaintiffs)

James Bunting, for the Heart and Stroke Foundation

Jacqueline Wall, for the Province of Ontario

Glenda Best, for the Province of Newfoundland

David Ullmann, and Alexandra Teodorescu, for Northbridge General

Amanda McInnis, for La Nordique Compagnie D'Assurance du Canada

Joseph Pasquariello, for PricewaterhouseCoopers Inc. as Liquidator of Northumberland General Insurance Company

Sabri Shawa, for the Province of Alberta

Jeffrey Leon, Mike Eizenga and Jesse Mighton, for the Province of British Columbia, Province of Manitoba, Province of New Brunswick, Province of Nova Scotia, Province of Prince Edward Island, Province of Saskatchewan, Government of Northwest Territories, Government of Nunavut and Government of Yukon in their capacities as Plaintiffs in the HCCR Legislation Claims.

André Michael, for the Consortium of Provinces and Territories

Raymond Wagner and Kate Boyle, Representative Counsel for the Pan-Canadian Claimants

Brett Harrison, for the Province of Quebec

Patrick Flaherty and Claire Wortsman, for R.J. Reynolds Tobacco Company and R.J. Reynolds Tobacco International Inc.

Douglas Lennox, for Representative Plaintiff, Kenneth Knight, in the Certified British Columbia Class Action

Harvey T. Strosberg, K.C., for the Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board

James Doris, U.S. Department of Justice

Ari Kaplan, for Representative Counsel for Former Genstar U.S. Retiree Group Committee

Matthew Gottlieb and Andrew Winton, for Court-Appointed Mediator, The Honourable Warren K. Winkler

HEARD and DETERMINED: October 31, 2024

REASONS: November 4, 2024

ENDORSEMENT

[1] This Endorsement relates to all three Applicants, JTI-Macdonald Corp., (“JTI”), Imperial Tobacco Canada Limited and Imperial Tobacco Company Limited (collectively “Imperial”) and Rothmans, Benson and Hedges Inc. (“RBH”).

[2] A number of motions were heard on October 31, 2024. At the conclusion of the hearing, a Stay Extension was granted to each Applicant up to and including January 31, 2025. In addition, a Meeting Order and a Claims Procedure Order was granted in the *Companies’ Creditors Arrangement Act* (“CCAA”) proceeding of each Applicant, with reasons to follow. A preliminary motion brought by JTI to strike certain paragraphs in the affidavit of André Lespérance was deferred. A cross-motion brought by JTI proposing certain amendments in respect of the status of representative counsel, Ray Wagner, was adjourned with an expectation that it be dealt with in writing.

[3] These are the reasons with respect to the Stay Extension, the Meeting Orders and Claims Procedure Orders.

[4] The evidence to support a request for a Stay Extension for each Applicant is set out in the Seventeenth Report of Deloitte Restructuring Inc. (“Deloitte”), Monitor of JTI, the Nineteenth Report of FTI Consulting Canada Inc. (“FTI”), Monitor of Imperial and the Seventeenth Report of Ernst & Young Inc. (“E&Y”), Monitor of RBH.

[5] The evidence to support the Meeting Orders is set out in the Eighteenth Report of Deloitte, the Twentieth Report of FTI and the Nineteenth Report of E&Y.

[6] The evidence to support the Claims Procedure Orders is set out in the Eighteenth Report of Deloitte and the Twenty-first Report of FTI in the Eighteenth Report of E&Y.

[7] An affidavit of Mr. William Aziz, Chief Restructuring Officer of JTI, was filed by JTI and an affidavit of Mr. André Lespérance, one of the attorneys representing the Québec class-action plaintiffs (“QCAP”) was also filed.

[8] The CCAA proceedings for each Applicant were commenced in March 2019.

[9] Since the commencement of the CCAA proceedings, JTI, Imperial and RBH (collectively, the “Tobacco Companies”), the Claimants (defined below), Deloitte, FTI and E&Y (collectively, the “Monitors”), and The Honourable Warren K. Winkler, K.C., the Court-appointed Mediator (the “Mediator”) have spent thousands of hours in hundreds of court-ordered mediation sessions.

[10] Following court directions issued on October 5, 2023, the Mediator and Monitors – with the input of the Tobacco Companies and the Claimants – have developed consolidated, comprehensive Plans of Arrangement that provide for a Pan-Canadian global settlement of tobacco claims.

[11] The Monitors, acting in concert with the Mediator, brought this motion to approve, for filing, each of these three substantially identical individual plans proposed for each of the Tobacco Companies (the “CCAA Plans”), to schedule meetings of creditors for December 12, 2024 and to establish a claims procedure as a predicate to those meetings.

[12] The CCAA Plans are structured to permit the Tobacco Companies to exit the CCAA proceedings as going concerns while facilitating a Pan-Canadian global settlement of tobacco claims for the benefit of all stakeholders in the CCAA proceedings. If approved by the requisite double majority of Affected Creditors, sanctioned by this court, and ultimately implemented, the CCAA Plans will, among other things, provide for a global settlement amount of \$32.5 billion and provide a full and final release to the Tobacco Companies.

[13] At this stage of the proceedings it is clear that not all issues have been resolved. Notably, there are outstanding issues as between the Tobacco Companies concerning the financial allocation of the settlement amount as between them. There is also an outstanding issue concerning the creditor status of JTI-Macdonald TM Corp (“JTI-TM”), specifically whether JTI-TM has a secured or unsecured claim.

[14] As this court has observed, these CCAA proceedings are among the most complex insolvency proceedings in Canadian history (2023 ONSC 2347, at paras. 4, 7 and 14).

[15] The CCAA proceedings were precipitated by a \$13.5 billion-plus judgement against the Tobacco Companies rendered in the Québec Superior Court in 2015 and affirmed by the Court of Appeal of Québec in 2019 (the “Québec Judgement”). The Québec Judgement concerned class actions brought on behalf of individual tobacco smokers. The Tobacco Companies’ inability to satisfy the Québec Judgement led to their decision to seek protection from this court under the CCAA.

[16] Beyond the Québec Judgement, multiple other claims have been brought against the Tobacco Companies across Canada, totaling more than \$1 trillion (inclusive of the Québec Judgement). These claims include:

- (a) health care costs recovery sought by the provincial and territorial governments;
- (b) putative class actions for tobacco-related harms;

- (c) a deceptive trade practice class action related to marketing practices;
- (d) claims by Ontario tobacco farmers and growers related to the historical pricing of tobacco leaves; and
- (e) actions by individuals seeking damages for a variety of claims.

[17] These claims have been brought by the following stakeholders, (which collectively are referred to as the “Claimants”):

- (a) the Québec class-action plaintiffs (“QCAP”): individuals who meet the criteria of the certified class definitions in the Québec class-action;
- (b) the Pan-Canadian Claimants (“PCC”): individuals, excluding the QCAP plaintiffs in relation to QCAP claims, who have asserted or may be entitled to assert a PCC claim (a claim related to, among other things, the development, design, manufacture, production, marketing, advertising, distribution, purchase or sale of tobacco products);
- (c) The Knight class-action plaintiffs: with respect to Imperial only, individuals asserting a product liability claim who meet the criteria of the certified class definition in the Knight class-action started in British Columbia;
- (d) the Provinces and Territories: all of the Provinces and Territories of Canada, each of which seek recovery of tobacco-related health care costs; and
- (e) Tobacco Producers: persons who have advanced uncertified class actions asserting a failure by the Tobacco Companies to make certain payments pursuant to agreements between the Ontario Flue-Cured Tobacco Growers’ Marketing Board and the Tobacco Companies.

[18] In consideration for the full and final settlement of the Affected Claims, the CCAA Plans contemplate that the Tobacco Companies will pay an aggregate global settlement amount of \$32.5 billion into three separate global settlement trust accounts over multiple years. The global settlement will consist of upfront contributions, annual contributions determined by a prescribed metric (based on the Tobacco Companies’ net after-tax income) and any tax refunds. Based on current projections, the Monitors report that it will take roughly 20 years for the global settlement amount to be paid in full.

[19] If the CCAA Plans are sanctioned and implemented, distributions from the global settlement trust accounts will be made to the QCAP; the PCC; the provinces and territories; a public charitable foundation (the “*Cy-près* foundation”); the tobacco producers; and, in the case of Imperial only, the Knight class-action plaintiffs. Payments from the global settlement trust accounts to eligible QCAP and PCC will be made via a Québec class-action administration plan and Pan-Canadian Claimants compensation plan, respectively.

[20] Each of the Monitors will be appointed as a CCAA Plan Administrator to administer and oversee the implementation of the respective Tobacco Company' CCAA Plan. The CCAA Plan Administrators will be court-appointed officers that are neutral and independent of the Tobacco Companies and the Claimants.

[21] The motions seek the issuance of separate, but substantially identical Meeting Orders for each of the Tobacco Companies: (i) accepting the filing of the CCAA Plans; and (ii) authorizing and directing the Monitors to convene the meetings of a single class of the Claimants to consider and vote on a resolution to approve the CCAA Plans and the transactions contemplated therein. The meetings are to be held sequentially and virtually by videoconference on December 12, 2024.

[22] The meeting materials will be published on each of the Monitor's websites no later than November 29, 2024.

[23] Following the meetings, the Monitors will report to the court on: (i) the voting results of the meetings; and (ii) any other matter that the Monitors consider relevant for the Sanction Hearing.

[24] The Mediator and the Monitors are of the view that: (i) the meeting materials, the processes for providing notice of the meetings, and the procedure for the meetings, including the voting procedures, each as stated in the proposed Meeting Orders, are reasonable and appropriate in the circumstances; and (ii) the timelines contained in the Meeting Orders are necessary to allow the CCAA Plans to move forward in a timely manner for the benefit of all stakeholders.

[25] The motions also seek the issuance of separate, but substantially identical, Claims Procedure Orders for each of the Tobacco Companies.

[26] The Claims Procedure Orders also establish the omnibus notice program, under which the omnibus notice will be disseminated to the Claimants, putative miscellaneous Claimants, and the public generally, to explain the CCAA Plans, the claims procedure, and the meetings.

[27] It is noted that the Claims Procedures Orders create a negative notice procedure for the determination and quantification of certain claims.

[28] The amount of the voting claim that may be voted (or is deemed to be voted) will be governed under the Claims Procedure Orders.

[29] Each of the Monitors is in favour of the requested relief. It is noted, however, that Deloitte's support was somewhat muted and reflected certain concerns of JTI, as noted below.

[30] Counsel on behalf of the QCAP, the PCC, and a majority of the Provinces supported the requested relief.

[31] Imperial and RBH supported the requested relief, albeit with certain reservations with respect to unresolved issues relating to allocation.

[32] JTI supported the granting of the Claims Procedure Order but took the position that it was not appropriate or necessary to issue the Meeting Order at this time. JTI took the position that issues relating to allocation and the status of the claim of JTI-TM had to be addressed prior to the granting of the Meeting Order. They contend that if these issues are not solved, the CCAA Plans were unworkable and could never be sanctioned.

[33] In the joint factum submitted by the Mediator and Monitors, the three principal issues on these motions were set out as follows:

- (1) whether the court has the discretion to grant the Claims Procedure Orders and the Meeting Orders on motions brought by the Monitors;
- (2) whether the court should accept the CCAA Plans for filing, approve the classification of the Affected Creditors as a single class for voting purposes, and grant the Meeting Orders; and
- (3) whether the court should approve the claims procedure and grant the Claims Procedure Orders.

[34] In a typical CCAA proceeding, it is the debtor company or one of its creditors that, pursuant to s. 4 or s. 5 of the CCAA, brings a motion before the court for approval to schedule a meeting of creditors. These cases, however, are not a typical CCAA proceeding.

[35] As I noted in the October 5, 2023 endorsement, after five years of mediation without any clear prospect of a plan emerging, I determined that it was “necessary and appropriate” in the circumstances to direct the Monitor and the Mediator to “develop” the CCAA Plans. Empowering the Mediator and Monitors in this way was likely to offer the “best chance” of developing the CCAA Plans.

[36] No party objected to, sought to vary, or sought to appeal the October 2023 direction.

[37] In my view, the decision to empower the Monitors and Mediator was an exercise of the discretion conferred to the court under sections 11 and 23(1)(k) of the CCAA.

The Test for a Meeting Order

[38] Section 4 of the CCAA provides that the court may order a meeting of unsecured creditors, or a class of creditors, to vote on a compromise or arrangement.

[39] Counsel on behalf of the Monitor submits that the threshold for granting a Meeting Order is rather low (*Just Energy Group Inc. et al. v. Morgan Stanley Capital Group Inc. et al.* 2022 ONSC 3698, at para. 7; see also *Arrangement relatif à Bloom Lake*, 2018 QCCS 1657, at para. 19 (“Bloom Lake”). The applicable test is simply whether the “plan is doomed” to fail at either the creditor or court approval stage; if the plan is not doomed to fail at either stage, it may be presented at a creditors meeting (*U.S. Steel Canada Inc., Re.*, 2017 ONSC 1967, at para. 12; *Bloom Lake*, at para. 19; *Quest University Canada (Re)*, 2020 BCSC 1845) Further, it is a “matter of judgment”

for the supervising judge to determine whether a plan is doomed to fail (*Stelco Inc., Re*, (2005) 78 O.R. (3d) 254 (C.A), at para. 24).

[40] Counsel on behalf of the Monitor submits that there is no evidence to suggest that the CCAA Plans are doomed to fail.

[41] The QCAP, the PCC, and the Tobacco Growers are unanimous in their support of the CCAA Plans. Amongst the Provinces and Territories, 10 of the 13 jurisdictions support the CCAA Plans.

[42] While JTI insisted the issues that were of concern to JTI had not been solved, its counsel acknowledged that the issues were solvable.

[43] The Mediator and Monitors propose that all Affected Creditors will be classified into one class – the Unsecured Creditors Class – for purposes of voting on the CCAA Plans.

[44] Subsection 22(2) of the CCAA provides that creditors may be included in the same class if “their interests or rights are sufficiently similar to give them a commonality of interest” having regard to:

- (a) the nature of the debts, liabilities, or obligations giving rise to the claim;
- (b) the nature and rank of any security in respect of their claims;
- (c) the remedies available to the creditors in the absence of the compromise or arrangement being sanctioned, and the extent to which the creditors would recover their claims by exercising those remedies; and
- (d) any further criteria, consistent with those set out above.

[45] In the joint factum of the Mediator and Monitors, counsel submit that including the Affected Creditors in a single class is appropriate, having regard to the factors enumerated by section 22(2) of the CCAA in that:

- (a) the claims of the Affected Creditors share a common characteristic: they are all tobacco claims against the Applicant;
- (b) all Affected Creditors are unsecured creditors;
- (c) the grouping of the Affected Creditors into a single class was carried out with the main goals of the CCAA in mind, specifically to aid in the reorganization of the Applicants through the CCAA Plans (see: *Canadian Airlines Corp. (Re)* 19 C.B.R. (4th) 12 (Alta. Q.B.) at para. 31); and
- (d) if the Affected Creditors were fragmented into separate classes, it would be difficult, if not impossible, to obtain approval of the CCAA Plans (*Norcen*

Energy Resources Limited v. Oakwood Petroleums Limited, [1989] 2 W.W.R. 566 (Alta. Q.B.) at para. 27).

[46] Counsel on behalf of both JTI and JTI-TM expressed the view that it was inappropriate to classify JTI-TM as an Unaffected Creditor.

[47] At this time, the status of the claim of JTI-TM is unresolved. The CCAA Plans call for the claim of JTI-TM to be treated like an unaffected claim and reference is also made in the CCAA Plans to a full and final release of JTI-TM.

[48] JTI and JTI-TM submit that the Plan is doomed to fail. JTI-TM drew an analogy to *Re, Doman Industries Ltd. (Trustee of)*, 41 C.B.R. (4th) 29, stating that the Plan purports to bind JTI-TM without giving it an opportunity to vote on the plan. Such a plan, they submit, cannot be approved.

[49] It seems to me that this issue falls into the category of those that are solvable. As noted by JTI-TM, the Plan is premised on JTI-TM agreeing to subordinate its claim. It is open to the parties to negotiate such a subordination. This issue does not necessarily result in a plan that is doomed to fail, nor does the legal status of this claim need to be determined at this stage. It can be determined as part of the Sanction Hearing.

[50] JTI-TM also referenced *Target Canada Co. (Re)*, 2016 ONSC 316 (“*Target*”), in support of its position. In *Target*, the proposed CCAA Plan was not accepted for filing. However, at para. 79 it was made clear that the proposal in *Target* contravened previous court orders made in CCAA proceedings and that the Plan could not withstand the scrutiny of the test to sanction a plan (para. 84). In these proceedings, no party has suggested that the CCAA Plans contravene previous court orders.

[51] At this stage, I am unable to conclude that the plans are doomed to fail.

[52] With respect to the Claims Procedure Orders, no party expressed opposition to these orders being granted.

[53] With respect to the request for a Stay Extension, I am satisfied that significant progress has been made since the last extension was granted earlier this year. This reflects good faith negotiations. There are a number of outstanding issues as between the parties, but there are no issues that, in my view, cannot be solved.

[54] The required Cash Flow Forecasts are set out in the Reports of the Monitors and I am satisfied that each of the Applicants has sufficient resources to maintain operations over the coming months.

[55] The requested Stay Extension is to March 31, 2025. It seems to me that an extension to March 31, 2025 could create a degree of uncertainty. The creditor meetings are to be held on December 12, 2024, which could possibly lead to a sanction hearing in January 2025. Such a hearing would provide the court with the opportunity to consider any further extensions of the

Stay. Accordingly, it seems to me that a more appropriate date for a Stay Extension is to January 31, 2025.

[56] For greater certainty, the directions provided on October 5, 2023 outlined a process for the development of the CCAA Plans through the auspices of the Monitors and the Mediator. These directions remain in force and can provide the basis to resolve the outstanding issues.

[57] In addition, the directions provided with respect to the Mediator in the Amended and Restated Initial Order remain in effect, as do the directions referred to in the Endorsement of McEwen J. (Court-Appointed Mediator Communication and Confidentiality Protocol) dated May 24, 2019.

[58] I also note that certain representations were made by counsel on behalf of the former Genstar U.S. Retiree Group Committee. The substance of those representations can be considered at a future hearing. Similarly, submissions from the Canadian Cancer Society, in their capacity as social stakeholder, can also be considered at a future hearing.

[59] In summary, I am satisfied that it is both necessary and appropriate to grant the requested relief. The stay is extended to January 31, 2025. The Meeting Orders and the Claims Procedure Orders are granted and have been signed in the form submitted.

Chief Justice Geoffrey B. Morawetz

Date: November 4, 2024

TAB 9

See paras. 4, 7
and 14.

CITATION: In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of JTI-Macdonald,
Imperial Tobacco and Rothmans, 2023 ONSC 2347
COURT FILE NOS.: CV-19-615862-00CL, CV-19-616077-CL and CV-19-616779-00CL
DATE: 20230623

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:)
)
In the Matter of the *Companies' Creditors*) *James Bunting and Maria Naimark,*
Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, as) Counsel for the Moving Party, the Heart
amended) and Stroke Foundation of Canada in
) connection with its motion for leave to
AND) appoint Tyr LLP as representative counsel
) for the Future Tobacco Harm Stakeholders
In the Matter of a Plan of Compromise or)
Arrangement of JTI-Macdonald Corp.) *Robert Thornton and Leanne Williams,*
) Counsel for JTI-Macdonald Corp.
AND)
) *Deborah Glendinning, Craig Lockwood,*
In the Matter of a Plan of Compromise or) *Marc Wasserman and Marleigh Dick,*
Arrangement of Imperial Tobacco Canada) Counsel for Imperial Tobacco
Limited and Imperial Tobacco Company Limited)
) *James Gage, Heather Meredith and*
AND) *Natasha Rambaran,* Counsel to Rothmans,
) Benson & Hedges Inc.
In the Matter of a Plan of Compromise or)
Arrangement of Rothmans, Benson & Hedges) *Linc Rogers and Pamela Huff,* Counsel for
Inc.) Deloitte Restructuring Inc. in its capacity
) as Monitor of JTI-Macdonald Corp.
)
) *Natasha MacParland, Chanakya Sethi,*
) *Rui Gao and Benjamin Jarvis,* Counsel for
) FTI Consulting Canada Inc. in its capacity
) as court-appointed Monitor of Imperial
) Tobacco Canada Limited and Imperial
) Tobacco Company Limited
)
) *Jane Dietrich,* Counsel for Ernst & Young
) Inc. in its capacity as court-appointed
) Monitor of Rothmans, Benson & Hedges
) Inc.
)
) *Avram Fishman and Mark Meland,*
) Conseil québécois sur le tabac et la santé,

-) Jean-Yves Blais and Cécilia Létourneau
-) (Quebec Class Action Plaintiffs)
-)
-) *Robert Cunningham*, Counsel for the
-) Canadian Cancer Society
-)
-) *Maria Konyukhova*, Counsel for British
-) American Tobacco p.l.c., B.A.T.
-) Industries p.l.c. and British American
-) Tobacco (Investments) Limited
-)
-) *Amanda McInnis*, Counsel for Grand
-) River Enterprises Six Nations Ltd.
-)
-) *Jacqueline Wall*, Counsel for His Majesty
-) the King in Right of Ontario
-)
-) *Adam Slavens*, Counsel for JT Canada
-) LLC Inc. and PricewaterhouseCoopers
-) Inc. in its capacity as receiver of JTI-
-) Macdonald TM Corp.
-)
-) *Alex Fernet Brochu*, Counsel for La
-) Nordique compagnie d'assurance du
-) Canada
-)
-) *Kate Boyle and Raymond Wagner*,
-) Representative Counsel for the Pan-
-) Canadian Claimants
-)
-) *Heather Fisher and Nicholas Kluge*,
-) Counsel for Philip Morris International
-) Inc.
-)
-) *Guneev Bhinder*, Counsel for Province of
-) Québec
-)
-) *Jeff Leon*, Counsel for the Provinces of
-) British Columbia, Manitoba, New
-) Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward
-) Island and Saskatchewan, in their
-) capacities as plaintiffs in the HCCR
-) Legislation claims
-)
-) *Patrick Flaherty and Bryan McLeese*,
-) Counsel for R.J. Reynolds Tobacco

) Company and R.J. Reynolds Tobacco
) International Inc.
)
) *Douglas Lennox*, Counsel for
) representative plaintiff, Kenneth Knight,
) in the certified British Columbia class
) action, *Knight v. Imperial Tobacco*
) *Canada Ltd.*, Supreme Court of British
) Columbia, Vancouver Registry No.
) L031300
)
) *William V. Sasso*, Counsel for the Ontario
) Flue-Cured Tobacco Growers’ Marketing
) Board
)
) *Jonathan Lisus and Nadia Campion*,
) Counsel for the court-appointed Mediator,
) The Honourable Mr. Winkler, O.C., O.On,
) K.C.
)
)
) **Heard: April 14, 2023**
)
)

MCEWEN, J.

REASONS FOR DECISION

[1] The Heart and Stroke Foundation of Canada (“HSF”) seeks leave to bring a motion to appoint Tyr LLP (“Tyr”) as representative counsel for the Future Tobacco Harm Stakeholders (“FTH Stakeholders”) in the within Applications.

[2] The motion is opposed by the three Monitors: Deloitte Restructuring Inc. in its capacity as court-appointed Monitor of JTI-Macdonald Corp. (“JTIM”); FTI Consulting Canada Inc. in its capacity as court-appointed Monitor of Imperial Tobacco Canada Limited and Imperial Tobacco Company Limited (“Imperial”); and Ernst & Young Inc. in its capacity as court-appointed Monitor of Rothmans, Benson & Hedges Inc. (“RBH”) (collectively the “Monitors”). The Province of Québec supports the Monitors. Neither JTIM, Imperial, RBH nor any other stakeholder take a position on this motion for leave. For the reasons that follow, I dismiss the HSF’s motion.

BACKGROUND

[3] In March 2019, JTIM, Imperial and RBH (collectively the “Applicants”) filed for protection pursuant to the provisions of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985,

c. C-36 (the “CCAA”). They sought, amongst other things, a resolution of several significant current and future litigation claims.

[4] I have been case-managing these three separate, but co-ordinated, Applications since that time (the “CCAA Proceedings”). The CCAA Proceedings are enormously complex. They involve multiple, significant tobacco-related actions brought against the Applicants as well as a number of potential tobacco-related claims that are currently unasserted or unascertained. These include ongoing class action proceedings as well as the outstanding judgment of the Court of Appeal of Quebec that largely upheld an earlier trial decision and awarded approximately \$13.5 billion to the Quebec class action plaintiffs. Additionally, there are numerous ongoing proceedings involving government-initiated litigation.

[5] In April 2019, shortly after the CCAA Proceedings were initiated, I appointed the former Chief Justice for Ontario, The Honourable Warren K. Winkler O.C., O.Ont, K.C. (the “Court-Appointed Mediator”) to mediate a global settlement of all claims against the Applicants, both current and future (the “Mediation”). Pursuant to the Appointment Order, the Court-Appointed Mediator is empowered to, amongst other things, adopt a process which in his discretion, he considers appropriate to facilitate negotiation of a global settlement, as well as deciding which stakeholders or other persons, if any, he considers appropriate to consult as part of the Mediation.

[6] It is noteworthy that in September 2019, the Canadian Cancer Society (“CCS”) brought a motion seeking an order allowing it to participate in the Mediation. Amongst other things, the CCS argued that although it was not a creditor, it was an important public health stakeholder in the CCAA Proceedings. Therefore, it had a direct financial interest in the CCAA Proceedings, since any settlement would impact the financial resources to be devoted to patients, education and research to reduce tobacco use. In furtherance of its argument, the CCS submitted that it was well-positioned to advance tobacco control measures for inclusion in a settlement. The HSF provided a letter supporting the CCS’s motion, while noting that it did not intend to bring a motion before the Court to participate in the CCAA Proceedings.

[7] I allowed the CCS limited participation in the CCAA Proceedings, but I did not allow it to participate in the Mediation. While I accepted that the CCS was a social stakeholder, I found that it did not have a direct financial interest in the CCAA Proceedings as it was neither a creditor nor a debtor. While I also accepted that the CCS had extensive experience as a health charity, and it was open to it to liaise with the government and other stakeholders outside of the Mediation, I had given the Court-Appointed Mediator broad discretion to shape the Mediation process. This included broad discretion to consult with a wide variety of persons or entities that he considered appropriate. I further noted that it was important to allow the Court-Appointed Mediator, who has vast experience in this area, the ability to carry on with the flexibility outlined in my Appointment Order in these very complicated and significant CCAA Proceedings.

[8] As part of my decision concerning the CCS’s limited participation in the CCAA Proceedings I ordered that, if the CCS wished to initiate its own motion, it required leave that could be requested in writing, on notice to the Applicants and other stakeholders.

[9] Thereafter, in December 2019, the Monitors brought a motion seeking advice and direction with respect to orders appointing representative counsel regarding the unasserted and

unascertained claims. They proposed that representative counsel – the law practice of Wagner & Associates Inc. (“Wagners”) – advance claims on behalf of individuals, with some limited exceptions that do not apply to the within motion, who have asserted claims or may be entitled to assert claims for Tobacco-Related Wrongs (respectively the “TRW Claims” and “TRW Claimants”).

[10] As I noted in my decision dated December 6, 2019 (the “December Decision”), the thrust of the motion was that the multiplicity of actions against the Applicants across Canada did not provide comprehensive representation for all individuals in the CCAA Proceedings. It was therefore necessary to have representation for all the TRW Claimants so that they could be properly represented with respect to the primary goal of the CCAA Proceedings: a pan-Canadian global settlement. This would benefit the Applicants, the TRW Claimants and all stakeholders. I granted the relief sought by the Monitors and ordered that Wagners, as an experienced class action litigation firm, was well-qualified to act.

[11] The Order appointing Wagners provided the firm with a broad mandate to represent the TRW Claimants defined in Schedule “A” to the Order. Of importance to the within motion is the following partial definition of TRW Claimants set out in Schedule “A”:

“TRW Claimants” means **all individuals** (including their respective successors, heirs, assigns, litigation guardians and designated representatives under applicable provincial family law legislation) **who assert or may be entitled to assert a claim or cause of action as against one or more of the Applicants**, the ITCAN subsidiaries, the BAT Group, the JTIM Group or the PMI Group, each as defined below, or persons indemnified by such entities, **in respect of:**

- (i) the development, manufacture, importation, production, marketing, advertising, distribution, purchase or sale of Tobacco Products (defined below),
- (ii) **the historical or ongoing use of or exposure to Tobacco Products;** or
- (iii) any representation in respect of Tobacco Products,

[Emphasis added.]

[12] Over the past four years, the Mediation has been conducted by the Court-Appointed Mediator. Pursuant to the provisions of the Order Setting out the Attendance at Mediation Protocol, the Court-Appointed Mediator has continued to designate and require the attendance of persons or entities that he deems necessary as well as excluding persons or entities that he does not believe to be necessary.

[13] The Court-Appointed Mediator, in accordance with the Court-Appointed Mediator Communication and Confidentiality Protocol Endorsement continues to update the Court on the Mediation process.

[14] At the recent Stay Extension Motion I granted a further six-month stay to September 29, 2023. I noted in my Endorsement that the Mediation continues to progress and the Applicants and the stakeholders are optimistic that a resolution of these extremely significant and complicated CCAA Proceedings is in sight.

[15] Consistent with my decision concerning motions brought by the CCS, the HSF sought leave to bring this motion to act as the representative plaintiff for FTH Stakeholders. By way of my February 14, 2023 Endorsement, I ordered, over the objections of the HSF, that the leave motion be heard in advance of the motion itself, assuming leave was granted.

THE TEST FOR LEAVE

Position of the Parties

[16] The HSF and the Monitors disagree as to what test for leave should be applied in this case.

[17] The HSF submits that this Court has broad discretion pursuant to s. 11 of the CCAA to manage the CCAA Proceedings. Generally, s. 11 provides this Court with the jurisdiction to make any order that it considers appropriate in the circumstances.

[18] The HSF therefore submits that, based on s. 11, this Court has the jurisdiction to appoint representatives on behalf of a stakeholder in a CCAA matter. It further submits that the factors to be considered by the Court are those set out in *Canwest Publishing Inc. (Re)*, 2010 ONSC 1328, 65 C.B.R. (5th) 152, at para. 21:

- The vulnerability and resources of the group sought to be represented.
- Any benefit to the companies under CCAA protection.
- Any social benefit to be derived from representation of the group.
- The facilitation of the administration of the proceedings and efficiency.
- The avoidance of a multiplicity of legal retainers.
- The balance of convenience and whether it is fair and just including to the creditors of the estate.
- Whether representative counsel has already been appointed for those who have similar interests to the group seeking representation and who is also prepared to act for the group seeking the order.
- The position of other stakeholders and the Monitor.

[19] In the context of the motion before me, the HSF argues that the most significant factor for this Court to consider is whether there appears to be an unrepresented interest that is appropriate for representation within the CCAA Proceedings. If this is the case, the HSF submits that this

Court ought to grant leave unless there are “exceptional factors or circumstances” that outweigh the substantial value and importance of having a valid and interested constituency represented within the CCAA Proceedings.

[20] The HSF concedes that this test has not previously been applied by any court; however, given the unique circumstances of this case and the provisions of the CCAA, it is a reasonable test and ought to be applied.

[21] The Monitors disagree.

[22] First, they submit that the HSF, as a stakeholder seeking leave, bears the onus to persuade the Court that leave ought to be granted: see *Village Green Lifestyle Community Corp., Re* (2007), 27 C.B.R. (5th) 199 (Ont. S.C.), at para. 12.

[23] Further, the Monitors argue that although there is no specific test for leave to bring a motion, whether under the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 or in the insolvency context, general insolvency principles should guide this Court, including the baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising CCAA authority¹ and the test under the CCAA for “comeback” relief.

[24] In the insolvency context, the Monitors further rely upon the decision in *Century Services Inc.* wherein the Supreme Court of Canada noted, at para. 59, that judicial discretion must be exercised in furtherance of the CCAA’s purposes.

[25] They also submit that, as outlined by the Supreme Court of Canada in *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at para. 49, citing *Century Services Inc.*, at paras. 69, 70, the aforementioned fundamental principle underlines three basic considerations that a supervising judge must keep in mind when addressing any request for relief:

- (i) whether the order sought is “appropriate in the circumstances”;
- (ii) whether the party seeking relief has been acting “in good faith”; and
- (iii) whether the party seeking relief has been acting “with due diligence”.

[26] Building upon those principles, the Monitors submit that the first branch of the test set out in *Callidus*, i.e., whether the order sought is appropriate in the circumstances, ought to be expanded to include the considerations on the test for comeback relief. They therefore propose the following test for leave should be applied:

- (i) whether the party seeking relief has been acting in good faith by bringing the motion;
- (ii) whether the party seeking relief has been acting with due diligence;

¹ *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 70.

- (iii) whether there has been a change in circumstances that would necessitate the variance to existing orders; and
- (iv) whether the proposed variance will prejudice the progress of the CCAA Proceedings.

[27] The Monitors say the comeback relief test is appropriate because the HSF asks the Court to vary two of its earlier orders. The first being the Amended and Restated Initial Orders (the “ARIOs”) wherein the Monitors submit that the HSF seeks to add new parties to the Mediation. The second being the Representative Council Order wherein the HSF seeks to appoint Tyr as additional representative counsel.

[28] The comeback relief test applies when an interested party applies to a CCAA court to vary an initial order. The factors that guide the Court’s analysis in this respect are:

- (i) “recourse through the comeback clause is available when circumstances change”, meaning that recourse is unavailable when there are no changed circumstances;
- (ii) “comeback motions must be made *post haste* because of delay prejudice and the mounting prejudice caused by the momentum of proceeding itself”; and
- (iii) comeback relief “cannot prejudicially affect the position of the parties who have relied *bona fide* on the previous order in question.”

See *Canada v. Canada North Group Inc.*, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103, at paras. 50, 56, 68, *aff’d* 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29, *aff’d* 2021 SCC 30, 28 Alta. L.R. (7th) 1.

[29] With that background, the Monitors proposed the four-part test set out in para. 26 above. In relying upon the aforementioned test, the Monitors highlight that a leave test precludes any analysis of the merits of the ultimate motion and the merits should not be addressed on a motion for leave.

Analysis

[30] I prefer the leave test put forth by the Monitors and will employ that test in these Reasons.

[31] As can be seen from the above, the HSF and the Monitors agree that this Court has broad discretion to control and manage the CCAA Proceedings. They diverge, however, as to how the test ought to be applied.

[32] The HSF focuses on the factors set out in granting a representative order in *Canwest* and submits that while the Court did not mandate the application of any specific test, the most significant factor is whether there appears to be an unrepresented interest that is appropriate for representation. The HSF then goes further to say that if this is the case, the Court should grant leave unless there are exceptional factors or circumstances that outweigh the substantial value and importance of having a valid and interested constituency represented in the CCAA Proceedings. The Monitors, on the other hand, while agreeing that there is no specific test for leave, focus on general insolvency principles. They rely on the aforementioned three-part test in *Callidus*, which

they have expanded upon, that sets out baseline considerations in which the applicant bears the burden of proof.

[33] In reviewing the aforementioned case law and the submissions of the parties, I disagree with the HSF that where there is an unrepresented interest, and employing the other factors in *Canwest*, the Court should grant leave unless there are exceptional factors or circumstances. This flips the onus and there is no authority for not only shifting the onus, but also finding that exceptional factors or circumstances are required.

[34] I am of the view that at a leave motion in these CCAA Proceedings that the four-part test set out by the Monitors ought to be applied. I base this conclusion primarily on the fact that, as mentioned above, this is a motion for leave, not the motion itself. The ultimate merits of the motion should not be considered at this stage.

[35] This is precisely where the two tests diverge, and why I prefer the Monitors' test. The Monitors' test speaks to procedural factors that this Court ought to consider. That is appropriate on a motion for leave.

[36] The Monitors' test focuses on the procedural considerations on a motion for leave. For example, whether existing orders may be varied; whether the proposed variance will prejudice parties; and whether parties have exercised due diligence are all procedural considerations that do not stray into a merits analysis.

[37] Finally, the Monitors' test is consistent with the Supreme Court of Canada's jurisprudence on CCAA matters. The Supreme Court of Canada is clear in that the factors set out in *Callidus* are to be followed by judges when exercising their discretionary authority.

[38] On the other hand, the test proposed by the HSF blends these two considerations. In this regard, parts of the test stray into an analysis of the ultimate merits of the proposed motion. Such factors will be considered if leave on the motion is granted. It is also worth pointing out that the Court in *Canwest*, the primary authority relied upon by the HSF, was considering the motion itself for whether the representatives should be appointed, and not whether leave should be granted to bring the motion. Whether the Court should grant leave to bring the motion is the focus of the analysis here.

[39] It is also worth pointing out that procedural aspects of the HSF's test set out in *Canwest* overlap with the Monitors' test. Factors like the balance of convenience and the facilitation of the administration of the proceedings and efficiency are still generally considered under the Monitors' test.

[40] Further, in my view, when determining whether an order granting leave is appropriate in the circumstances, I must consider whether the existing ARIOs ought to be varied to add a new stakeholder to the Mediation and whether the Representative Counsel Order ought to be varied to add Tyr. This requires an examination of the nature of the FTH Stakeholders and whether it is appropriate to appoint Tyr as representative counsel on their behalf and insert them into the Mediation, over four years after the Mediation has begun and in its latter stages.

[41] It is with these factors in mind that I will conduct my analysis below.

APPLICATION OF THE TEST FOR LEAVE

The Position of the HSF

[42] In support of its motion for leave, the HSF submits that it is important for this Court to understand that it is not seeking leave to be added as a party to or to participate in the CCAA Proceedings. Instead, the HSF submits that this is simply a motion for leave to bring a motion for a representation order over a group of individuals, the FTH Stakeholders, who have a direct interest in the outcome of this proceeding and who are unrepresented. It is not proposed that the HSF will represent this group; instead, the FTH Stakeholders will be represented by Tyr which will receive advice from an independent, *pro-bono* committee.

[43] In this regard, the HSF makes three primary submissions.

[44] First, it submits that the FTH Stakeholders are a significant stakeholder group that is unrepresented in the Mediation. In this regard, the HSF submits that Wagners, in representing the interests of the TRW Claimants as defined above, does not represent the proposed FTH Stakeholders.

[45] The HSF submits that s. 19(1) of the CCAA claims can only be compromised if they predate the filing. Section 19(1) reads as follows:

19(1) Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are

- (a) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is subject on the earlier of
 - (i) the day on which proceedings commenced under this Act, and
 - (ii) if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* or commenced proceedings under this Act with the consent of inspectors referred to in section 116 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the date of the initial bankruptcy event within the meaning of section 2 of that Act; and
- (b) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company may become subject before the compromise or arrangement is sanctioned by reason of any obligation incurred by the company before the earlier of the days referred to in subparagraphs (a)(i) and (ii).

[46] Based on the aforementioned wording and the wording contained in the Appointment Order concerning the definition of TRW Claimants, the HSF submits that there is no temporal connection since the FTH Stakeholders are individuals who have yet to suffer tobacco-related

harms since they are comprised of millions of Canadians who will purchase or consume tobacco products or be exposed to their use following the commencement of these CCAA Proceedings or any agreed claims bar date. The HSF submits that these future FTH Stakeholders will become addicted to tobacco, be unable to quit, and that this group has an important interest that is currently unrepresented. Their interests do not align with the current stakeholders in that current stakeholders, including the TRW Claimants, seek to maximize funding for their claims which will be funded, at least partially, by FTH Stakeholders.

[47] The HSF further submits that due to the addictive nature of tobacco, the FTH Stakeholders will suffer harm while they continue to fund, in part, relief sought by other stakeholders including the TRW Claimants.

[48] The HSF lastly submits on this point that even if it could be argued that the FTH Stakeholders and the TRW Claimants could be represented by Wagners, that scenario would present a conflict of interest since the future FTH Stakeholders would be funding the settlement of the TRW Claimants, while experiencing their own addictions.

[49] In these circumstances, the HSF submits that there is currently no one who independently represents the interests of the FTH Stakeholders.

[50] Second, the HSF argues that the interests of the FTH Stakeholders are substantial, important and worthy of at least hearing a motion to determine whether they ought to be included as stakeholders and represented by Tyr, including at the Mediation.

[51] The HSF submits that the FTH Stakeholders have a direct interest since the Applicants will not have sufficient money to fund a settlement and will rely upon post-petition cash flows which will be funded, in part, by FTH Stakeholders.

[52] The HSF further submits that the FTH Stakeholders are further directly impacted by the CCAA Proceedings and that they have a direct interest in the nature and quality of preventative programs that will be implemented through a proposal or settlement, thus making them social stakeholders as well.

[53] Either way, the HSF submits that the FTH Stakeholders have a critical interest that is worth addressing and considering at a motion.

[54] Third, the HSF submits that, based on its test for leave, there are no exceptional circumstances not to hear a motion to appoint it representative counsel. Here, the HSF attempts to refute a number of submissions made by the Monitors. The HSF, as previously noted, submits that it is important to realize that it is not seeking to be added as a party or to have direct participation in the CCAA Proceedings. Rather, it brings this motion for leave to bring a motion for a representation order over the FTH Stakeholders to be represented by Tyr, which will receive advice from an independent, *pro-bono* committee. The HSF therefore submits that its proposed motion is entirely different from the motion the CCS brought that sought direct participation in the Mediation on its own behalf.

[55] The HSF further submits that this is not a motion to vary, as submitted by the Monitors, the ARIOs. Rather the intent in seeking a representation order is to empower and enhance the Mediation and the exercise of the Court-Appointed Mediator's powers within the Mediation.

[56] Additionally, the HSF submits that the test for comeback relief cited above by the Monitors (which, as noted, I agree with) is inapplicable in the context of this motion as they are not fair and relevant considerations given the current lack of representation of the FTH Stakeholders. Specifically, the HSF disputes the Monitors' contention that the HSF delayed in seeking to appoint Tyr as representative counsel for the FTH Stakeholders. The HSF submits there has been no delay as the FTH Stakeholders are unrepresented, have never been represented and as such cannot be accused of having delayed in bringing this motion. As for the argument that the HSF delayed in bringing the motion, it cannot be reasonably argued that the responsibility to identify a group (the FTH Stakeholders) who would have an interest in the CCAA Proceedings should be left to a not-for-profit organization such as the HSF. The HSF argues that other stakeholders could have identified this gap and any alleged delay cannot be laid at the feet of the HSF who does not have insight into the Mediation process.

[57] Overall, therefore, the HSF submits that leave ought to be granted as the public will perceive it as important to properly canvass the interests of an important stakeholder group. Consideration of the motion and the potential appointment of the FTH Stakeholders also precludes potential objections to a settlement when this matter returns to be sanctioned by the Court. In this regard, the HSF points to the recent case involving Purdue Pharma where a proposed settlement announced in the U.S. faced public backlash and lengthened the proceedings: see Brian Mann and Martha Bebinger, "Purdue Pharma, Sacklers reach \$6 billion deal with state attorneys general," NPR, March 3, 2022, available at: <https://www.npr.org/2022/03/03/1084163626/purdue-sacklers-oxycotin-settlement>; *In re: Purdue Pharma L.P., et al*, Motion Of Debtors Pursuant To 11 U.S.C. § 105(A) And 363(B) For Entry Of An Order Authorizing And Approving Settlement Term Sheet at para. 2, March 3, 2022, Case No. 19-23649, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, available at: <https://www.marylandattorneygeneral.gov/press/2022/030322>.

[58] Ultimately, in the *Purdue Pharma* case, a revised settlement included significant additional funds of approximately USD \$277 million devoted exclusively to opioid-related abatement, including support and service for survivors, victims and their families.

[59] In these circumstances, the HSF submits that it is fair and reasonable to at least allow it an opportunity to argue the motion to appoint Tyr as representative counsel for the FTH Stakeholders. This will add to the constellation of interests that are necessary to resolve the CCAA Proceedings.

The Monitors' Position

[60] The Monitors first stress that pursuant to my earlier Order, the leave motion was to be heard prior to the HSF's motion. Accordingly, only the test for leave applies and it is premature to discuss the merits of the HSF's motion. The focus should only be placed on the threshold requirements and the four principles they submit underlie the basic considerations that a

supervising judge must keep in mind when addressing a request for leave in any CCAA matter as set out in para. 26 above.

[61] First, insofar as good faith is concerned, the Monitors concede that the HSF is proceeding in good faith. They submit, however, that the HSF fails to meet the other requirements.

[62] Second, insofar as due diligence is concerned, the Monitors point out that in December 2019, they brought a motion to appoint Wagners on behalf of the TRW Claimants as an effective tool to represent claims that were unascertained or unasserted.

[63] The Monitors submit that had a stakeholder, such as the HSF, thought that the scope of the Representative Counsel Order was not broad enough or that there was a conflict to respond to, that they would have brought a motion to have this Court decide the issue. The Monitors dispute the HSF's contention that as a not-for-profit organization it was not their obligation at the time to respond. Further, the Monitors argue that if the HSF's submission was self-evident, they should and would have known of it at that time.

[64] The Monitors further submit that the HSF delivered a letter of support with respect to the CCS's motion in September 2019 in which the CCS sought to participate in the Mediation which is very similar to the relief now sought by the HSF, albeit on behalf of the FTH Stakeholders. There is no material difference between the HSF's motion and the motion earlier brought by the CCS as both seek to advocate on behalf of other individuals. Based on the foregoing, the Monitors submit that the HSF has not acted with due diligence and in essence seeks to relitigate the issue as to whether a third party should be inserted into the Mediation.

[65] Third, the Monitors argue that there has been no change of circumstances that would justify variances to the ARIOs. The Monitors submit that the FTH Stakeholders are partly or entirely represented in the mediation. The Monitors submit that the definition of TRW Claimants includes the FTH Stakeholders and that it captures "all individuals ... who assert or may be entitled to assert a claim or cause of action against one or more of the Applicants ... in respect of ... the historical or ongoing use of or exposure to Tobacco Products". Based on the plain wording of the above definition, the Monitors submit that this includes the FTH Stakeholders who are, by their own definition, "people who will purchase – consume tobacco products or be exposed to their use following commencement of these proceedings/or claims bar date."

[66] The Monitors further point to the December Decision wherein Wagners was appointed on behalf of the TRW Claimants and particularly paragraphs 30 and 42 where I state as follows:

[30] The social benefits of access to justice, in the facilitating of a complex restructuring, are met. At this time many of the TRW Claims are unascertained and unasserted. As such, many of the TRW Claimants are likely unaware of these CCAA proceedings. The Representation Order sought would further promote access to justice by giving the TRW Claimants a powerful, single voice in the process.

...

[42] I agree with the Tobacco Monitors that a single point of contact is critical in these proceedings. As I have previously indicated, these restructurings are amongst the most complex in CCAA history for a number of reasons, which include the vast number and size of the complicated tobacco-related actions that have been, or could be, commenced against the Applicants.

[67] Based on the foregoing, the Monitors submit that this Court specifically anticipated that the TRW Claims included those that were unascertained and unasserted including those that had been, or could be, commenced against the Applicants. They also point to the fact that I further noted that a single point of contact was critical insofar as the TRW Claims were concerned.

[68] The Monitors alternatively argue that even if certain members of the FTH Stakeholders were not captured within the definition of the TRW Claimants, their interests are adequately represented in the Mediation and that this has been acknowledged by the HSF in its factum where it states that the concerns of the FTH Stakeholders are ultimately about “public health writ large”. The Monitors submit that the interests of the public at large can be adequately accounted for and addressed by many different participants in the Mediation, including the provinces who represent public and social interests, including harm reduction; Wagners, who represent the individuals who assert or may be entitled to assert claims; the Monitors, who are officers of the court and have the obligation to consider the interests of all stakeholders; and the Court-appointed Mediator who has been provided with the broad discretion to consult with a variety of persons as he considers appropriate. Further, in this regard, the Monitors submit that what the HSF is really seeking to do is add new parties to the Mediation and therefore vary the ARIOs. The HSF’s request is functionally the same as the CCS’s earlier request and that as a result, Tyr, an additional representative counsel, would be inserted.

[69] Further, with respect to the HSF’s submission that the FTH Stakeholders are in a conflict with respect to other TRW Claims, the Monitors submit that the HSF is passing off speculation as evidence and the HSF’s affiant, Diego Marchese, an Executive Vice-President with the HSF, is not part of the Mediation. As such, he does not know the positions the parties have taken, particularly the TRW Claimants, or what action they have taken thereafter. In any event, the Monitors submit it is premature to even consider any issues of conflict since we are still at the leave stage and issues such as conflict are not yet engaged.

[70] Insofar as s. 19(1) of the CCAA is concerned, the Monitors submit that this motion does not raise any issues under s. 19(1). There is no claims bar date, no stakeholder is asking that these claims be compromised and the goal of the Mediation is to reach a settlement. Further, as noted, the Order appointing Wagners as counsel for the TRW Claimants provides for future claims or causes of action.

[71] Fourth, perhaps most significantly, the Monitors also submit that the belated introduction of the FTH Stakeholders jeopardizes the significant progress that has been achieved to date in the Mediation which, as noted, is hopefully entering its final stages. Accordingly, there is prejudice to the progress of the CCAA Proceedings.

[72] The Monitors submit, relying in part upon the decision of this Court in *Target Canada Co. Re.*, 2016 ONSC 316, 32 C.B.R. (6th) 48, at para. 31 that the CCAA process is one of building

blocks. Stays are granted, plans are developed and orders are made. If parties wish to change the terms of such orders, such developments could run counter to the building block approach that underpins the proceedings. The Monitors submit that this is particularly true in the within case which has been ongoing for over four years, with good progress and optimism that a successful resolution is in sight. The Monitors submit that the Court should not risk disrupting the progress and potentially delaying resolution by compelling the participation of a new stakeholder at this late stage. They stress that this is particularly so where the Court-Appointed Mediator has not exercised his discretion or judgment to include the FTH Stakeholders or made any recommendations in this regard to this Court. The Monitors also point out that several parties have expressed serious concerns about the length of time the Mediation is taking and introducing a new stakeholder will almost certainly exacerbate those concerns.

[73] Last, the Monitors submit that even if leave is denied, the HSF will still retain the ability to participate in these proceedings as a social stakeholder in many meaningful ways as this Court has previously recognized the value of social stakeholders. It should not, however, be permitted to seek special treatment at this late stage by forcing the FTH Stakeholders into the Mediation and asking this Court to second guess the discretion and judgment of the Court-Appointed Mediator.

[74] The fact that the HSF speculates that it is better to insert the FTH Stakeholders now than have them appear at a sanction hearing is not only speculative, but does not form part of the test for obtaining leave to bring this motion. There is simply no evidence before the Court to support an order including the FTH Stakeholders.

[75] Based on the foregoing, the Monitors submit that the HSF's motion is an impermissible attempt to alter the *status quo* where there has been no change in circumstances, the HSF has not moved promptly and that the proposed variance would prejudice the progress of the CCAA Proceedings.

Analysis

[76] In considering whether leave ought to be granted, as noted, I have accepted the four-part test urged upon me by the Monitors which I reiterate below:

- (i) whether the HSF is proceeding in good faith by bringing this motion;
- (ii) whether the HSF has acted with the requisite due diligence in doing so;
- (iii) whether there has been a change in circumstances that would necessitate the variance to existing orders; and
- (iv) whether the proposed variance would not prejudice the progress of the CCAA Proceedings.

[77] For the reasons that follow I accept the arguments put forth by the Monitors.

[78] I begin by noting that there is no question that the HSF satisfies part (i) of the aforementioned test. The HSF has been acting in good faith in seeking the representation order.

It is a well-established not-for-profit charity. The HSF is also a leader in disease prevention which includes activities at preventing harm caused by smoking.

[79] Second, insofar as the requirement of due diligence is concerned, while I am not being critical of the HSF, I cannot conclude that they have acted with due diligence in the circumstances of this case and particularly the well-known, ongoing Mediation. As I have indicated, the Mediation has been proceeding for over four years. The HSF did have the ability to bring its motion sooner, which I have compared to the CCS motion, of which the HSF was well aware.

[80] Third, I accept that there has not been a change of circumstances.

[81] In this regard, the definition of TRW Claimants is broad enough to include the FTH Stakeholders which is evidenced in the December Decision in which I specifically appoint Wagners on behalf of the TRW Claimants to include individuals that are not currently represented, scattered across the country and do not have the ability or resources to advance this claim in these complex CCAA Proceedings. This would include, as defined in the representation order, individuals who assert or may be entitled to assert claims with respect to a broad range of alleged wrongs generally relating to tobacco-related personal harm. I pause here to note that when I delivered my December Decision and approved the resulting order, I was clearly of the view that the definition of TRW Claimants was to include future claims. This was reflected in my December Decision that specifically included unascertained and unasserted claims, as set out in paragraph 30 of that decision and reproduced above at paragraph 68. This definition captures claims by the FTH Stakeholders.

[82] Additionally, in any event, I accept the Monitors' submissions that even if the FTH Stakeholders are not captured within the definition of the TRW Claimants, their interests are adequately represented in the Mediation.

[83] Further, insofar as any potential conflict of interest is concerned, even if I was to consider it at the leave stage, there is no evidentiary basis to advance this submission. Unquestionably, Wagners, on behalf of the TRW Claimants, will represent a number of different constituencies. Neither Wagners nor the Court-appointed Mediator or the Monitors have identified any conflicts about which I should be concerned.

[84] Mr. Marquese deposes at para. 8 of his affidavit that "I understand that as a result of the nature of the claims being addressed in these proceedings, that a likely component of any Proposed Plan would be the establishment of a fund that will be used to make future payments for public or social purposes or programs in lieu of the ability to make payments directly to claimants." He generally goes on to further depose that, based on his understanding how the fund is established, governed and used will be a critical component in ensuring that the rights and interests of FTH Stakeholders are adequately addressed and that all parties participating in the CCAA Proceedings and Mediation are in conflict with FTH Stakeholders.

[85] Mr. Marquese does not cite any basis for his understanding, which almost entirely undermines his purported evidence. Further, I do not know how he could have such insight into the confidential Mediation in which the HSF is not a party. Nothing to date has been brought forward to this Court to support Mr. Marquese's understanding or belief. Based on my own

knowledge of the ongoing Mediation and Mr. Marquese's understandable lack of insight, I do not accept that the FTH Stakeholders operate in a conflict with other stakeholders and particularly do not act in conflict with the TRW Claimants.

[86] I am further of the view that my decision does not run contrary to the provisions of s. 19(1) of the CCAA. I accept the Monitors' submissions above and the claims of the FTH Stakeholders, to the extent they may exist, are no different in nature than other unascertained and unasserted claims of any TRW Claimants.

[87] Fourth, insofar as the issue of prejudice is concerned, as I have indicated, the Mediation appears to be reaching its latter stages after four years. Substantial progress has been made. This has been confirmed by both the Court-appointed Mediator and the Monitors. A resolution is in sight.

[88] I am very hesitant to introduce new participants at this late stage, which will, in my view, almost certainly complicate matters in circumstances where the Monitors and Court-appointed Mediator have not identified any concerns. In this regard I am satisfied that the ultimate order sought by the HSF would likely prejudice the progress of the CCAA Proceedings.

[89] In reaching this conclusion, I emphasize that the HSF retains its ability to participate in the CCAA Proceedings as a social stakeholder and if difficulties arise with respect to what the HSF has identified as the FTH Stakeholders, the matter may return to the Court.

[90] I conclude by noting two things. First, once again, I have tremendous faith in the Court-Appointed Mediator to address any concerns or conflicts as alleged by the HSF and bring them to the Court if, in fact, they exist. Second, even if I was to accept the test for leave proposed by the HSF and consider the *Canwest* factors, I would come to the same conclusion for the reasons above.

DISPOSITION

[91] The HSF's motion for leave to bring a motion seeking to have Tyr appointed as representative counsel to the FTH Stakeholders is dismissed.



McEwen J.

Date: June 23, 2023

CITATION: In the Matter of a Plan of Compromise
or Arrangement of JTI-Macdonald, Imperial Tobacco
and Rothmans, 2023 ONSC 2347

COURT FILE NOS.: CV-19-615862-00CL,
CV-19-616077-CL and CV-19-616779-00CL

DATE: 20230623

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

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

AND

In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of
JTI-Macdonald Corp.

AND

In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of
Imperial Tobacco Canada Limited and Imperial Tobacco
Company Limited

AND

In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of
Rothmans, Benson & Hedges Inc.

REASONS FOR DECISION

McEwen J.

Released: June 23, 2023

TAB 10

CITATION: JTI-Macdonald Corp., Re, 2019 ONSC 1625
COURT FILE NO.: CV-19-615862-00CL
DATE: 2019/03/12

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO

- COMMERCIAL LIST

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF JTI-MACDONALD CORP.

Applicant

BEFORE: Hainey J.

COUNSEL: *Robert I. Thornton, Leanne M. Williams, Rachel Bengino and Mitch Grossell*, for the Applicant

Scott A. Bomhof and Adam M. Slavens, for Respondents JT Canada LLC, and PWC, in its capacity as Receiver of JTI-MacDonald TM

Pamela L.J.Huff, Linc A. Rogers and Christopher Burr, for the Proposed Monitor, Deloitte Restructuring Inc.

HEARD: March 8, 2019

ENDORSEMENT

Background

[1] On March 8, 2019 JTI-Macdonald Corp. (“JTIM” or “Applicant”) sought an Initial Order pursuant to *The Companies Creditors Arrangement Act* (“CCAA”). I granted the Initial Order and endorsed the record as follows:

I am satisfied that this application should be granted today on the terms of the attached Initial Order. There shall be a sealing order on the terms of para. 59 of the Initial Order. I will provide written reasons for my decision to grant this order in due course. The comeback motion referred to in para. 50 shall be on April 4, 2019 at 10 a.m. in this Court.

[2] These are my Reasons.

Facts

[3] As a result of a judgment of the Quebec Court of Appeal released on March 1, 2019 in a class proceeding (“Quebec Class Action”), JTIM and two other defendants are liable for damages totaling \$13.5 billion (“Quebec Judgment”). If this judgment is not stayed, its enforcement could destroy the company because JTIM does not have sufficient funds to satisfy the judgment.

[4] According to JTIM, enforcement of the Quebec Judgment would destroy the company’s value for its 500 employees and 1,300 suppliers. It would also impact approximately 28,000 retailers that sell JTIM’s products and 790,000 consumers of its products. Enforcement of the Quebec Judgment would also jeopardize federal and provincial taxes and duties in excess of \$1.3 billion paid annually in connection with JTIM’s operations (of which \$500 million per year is paid directly by JTIM and another \$800 million per year is paid by third parties and consumers).

[5] JTIM is also a defendant in a number of significant health care costs recovery actions (“HCCR Actions”). The total claims in the HCCR Actions exceed \$500 billion.

[6] JTIM wishes to seek a “collective solution” to the Quebec Judgment and the HCCR Actions for the benefit of all of its stakeholders. It is for this reason that it seeks a stay of all proceedings in its application for an Initial Order pursuant to the CCAA.

[7] In its application JTIM seeks protection from its creditors and the following additional relief under the CCAA:

- (a) declaring that it is a company to which the CCAA applies;
- (b) granting a stay of proceedings against it, and the Other Defendants in the Pending Litigation, as defined and described in the Notice of Application;
- (c) appointing Deloitte Restructuring Inc. (“Proposed Monitor”) as Monitor in these CCAA proceedings;
- (d) granting an Administrative Charge, Directors’ Charge and Tax Charge;
- (e) authorizing the Applicant to pay its pre-filing and post-filing obligations in respect of suppliers, trade creditors, taxes, duties, employees (including outstanding and future pension plan contributions, other post-employment benefits and severance packages) and royalty payments and to pay post-filing interest of certain of its secured obligations in the ordinary course of business in order to minimize any disruption of the Applicant’s business;
- (f) approving the engagement letter dated April 23, 2018 (the “CRO Engagement Letter”) appointing Blue Tree Advisors Inc. as the Applicant’s Chief Restructuring Officer (“CRO”);
- (g) authorizing it to apply for leave and, if successful, to appeal the Quebec Judgment to the Supreme Court of Canada; and

- (h) sealing Confidential Exhibit “1” of Robert Master’s affidavit.

Issues

[8] I must decide the following issues:

- (a) Should the Court grant protection to JTIM under the CCAA?
- (b) Is it appropriate to grant the requested stay of proceedings?
- (c) Should the Proposed Monitor be appointed as Monitor in these proceedings?
- (d) Should the Court grant the requested charges?
- (e) Is it appropriate to allow the payment of certain pre-filing and post-filing amounts?
- (f) Should Blue Tree Advisors be appointed as CRO?
- (g) Should JTIM be authorized to continue its application for leave to appeal of the Quebec Judgment to the Supreme Court of Canada?

Analysis

Should the Court grant protection to JTIM under the CCAA?

[9] The CCAA applies to an insolvent company whose liabilities exceed \$5 million.

[10] JTIM is a company incorporated pursuant to the *Canada Business Corporations Act*.

[11] JTIM’s liabilities clearly exceed \$5 million. It faces a judgment for \$13.5 billion. According to Robert McMaster, JTIM’s Director, Taxation and Treasury, the company does not have sufficient funds to satisfy the Quebec Judgment which is currently payable. Accordingly, JTIM is an insolvent company to which the CCAA applies.

Is it appropriate to grant the requested stay of proceedings?

[12] The Court may grant a stay of proceedings pursuant to s. 11.02 of the CCAA in respect of a debtor company if it is satisfied that circumstances exist that make the order appropriate. In order to determine whether a stay order is appropriate the Court should consider the purpose behind the CCAA. The primary purpose of the CCAA is to maintain the *status quo* for a period while the debtor company consults with its creditors and stakeholders with a view to continuing the company’s operations for the benefit of the company and its creditors.

[13] JTIM cannot pay the amount of the Quebec Judgment. Any steps to enforce the judgment could cause serious harm to JTIM's business to the detriment of all of its stakeholders. In my view, it is appropriate for this reason to grant the requested stay of proceedings in favour of JTIM.

[14] JTIM also requests a stay of proceedings in favour of the other defendants in other litigation relating to tobacco claims in which JTIM is a defendant, including the Quebec Class Action and the HCCR Actions. The Court has discretion under s. 11 of the CCAA to impose a stay of proceedings with respect to non-applicant third parties. In *Tamerlane Ventures Inc., Re*, 2013 ONSC 5461, Newbould J stated as follows at para. 21:

Courts have an inherent jurisdiction to impose stays of proceedings against non-applicant third parties where it is important to the reorganization and restructuring process, where it is just and reasonable to do so.

[15] I came to the same conclusion in *Pacific Exploration & Production Corp., Re*, 2016 ONSC 5429, where at para. 26 I set out the following list of factors that courts have considered in deciding whether to extend a stay of proceedings to non-applicant third parties:

- (a) the business and operations of the third party was significantly intertwined and integrated with those of the debtor company;
- (b) extending the stay to the third party would help maintain stability and value during the CCAA process;
- (c) not extending the stay to the third party would have a negative impact on the debtor company's ability to restructure, potentially jeopardizing the success of the restructuring and the continuance of the debtor company;
- (d) if the debtor company is prevented from concluding a successful restructuring with its creditors, the economic harm would be far-reaching and significant;
- (e) failure of the restructuring would be even more harmful to customers, suppliers, landlords and other counterparties whose rights would otherwise be stayed under the third party stay;
- (f) if the restructuring proceedings are successful, the debtor company will continue to operate for the benefit of all of its stakeholders, and its stakeholders will retain all of its remedies in the event of future breaches by the debtor company or breaches that are not related to the released claims; and
- (g) the balance of convenience favours extending the stay to the third party.

[16] Having considered these factors, I am satisfied that granting the requested stay of proceedings to the other defendants will allow JTIM to attempt to arrive at a collective solution with respect to the Quebec Class Action and the HCCR actions. If these actions continue to

proceed against the other defendants but not JTIM there could be significant economic harm for all of JTIM's stakeholders.

[17] Accordingly, I have concluded that the balance of convenience favours exercising my discretion under the CCAA to grant a stay of proceedings to the other defendants.

Should the Proposed Monitor be appointed as the Monitor?

[18] I am satisfied that Deloitte Restructuring Inc. ("Deloitte") should be appointed the Monitor in these proceedings pursuant to s. 11.7 of the CCAA. Deloitte regularly acts as the Monitor in CCAA proceedings and it is not subject to any of the restrictions set out in s. 11.7(2) of the CCAA.

Should the requested charges be granted?

Administrative Charge

[19] JTIM requests that I grant an administrative charge in favour of JTIM's counsel, the CRO, the Monitor and its legal counsel in the amount of \$3 million.

[20] The Court has jurisdiction to grant an administrative charge pursuant to s. 11.52 of the CCAA. In *Canwest Global Publishing Inc.*, 2012 ONSC 633, Pepall J. set out the following list of factors the Court should consider when granting an administrative charge:

- (a) the size and the complexity of the business 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] Having considered these factors, I am satisfied that the requested administration charge should be granted for the following reasons:

- (a) JTIM's restructuring will require extensive involvement by the professional advisors who are subject to the administrative charge;
- (b) the professionals subject to the administration charge have contributed, and will continue to contribute, to the restructuring of JTIM;
- (c) there is no unwarranted duplication of roles so that the professional fees associated with these proceedings will be minimized;

- (d) the administrative charge will rank in priority to the directors' charge and the tax charge. The only secured creditors that will be affected by the administrative charge are JTIM's parent companies and certain other secured related party suppliers, each of which support the granting of the administrative charge; and
- (e) the Proposed Monitor believes that the amount of the administration charge is reasonable

Directors' Charge

[22] I am satisfied that the directors' charge should be approved to ensure the ongoing stability of JTIM's business during the CCAA proceedings. The directors and officers have a great deal of institutional knowledge and experience and JTIM requires their continued management of its business. To ensure that the officers and directors remain with JTIM during the CCAA proceedings they require the protection of the directors' charge. The proposed charge of \$4.1 million will only be available to the extent that the directors' and officers' insurance is not available if a claim is made against them. The Proposed Monitor is of the view that the directors' charge is reasonable and appropriate.

Tax Charge

[23] JTIM is also seeking a third-ranking super-priority charge in the amount of \$127 million in favour of the Canadian federal, provincial and territorial authorities that are entitled to receive payments and collect money from JTIM with respect to sales taxes and excise taxes and duties. I am satisfied that this tax charge should be granted so that JTIM's directors and officers do not become personally liable for these taxes. Further, the Proposed Monitor is of the view that the tax charge is reasonable and appropriate.

Is it appropriate to allow the payment of certain pre-filing and post-filing amounts?

[24] In *Cinram International Inc., Re*, 2012 ONSC 3767 Morawetz J. (as he then was) concluded at Para. 68 that the court should consider the following factors in deciding whether to authorize the payment of pre-filing obligations:

- (a) whether the goods and services were integral to the business of the applicants;
- (b) the debtors' need for the uninterrupted supply of the goods or services;
- (c) the Monitor's support and willingness to work with the applicants to ensure that payments to suppliers in respect of pre-filing liabilities were appropriate; and
- (d) the effect on the debtors' ongoing operations and ability to restructure if they were unable to make pre-filing payments to their critical suppliers.

[25] JTIM's business is expected to remain cash-flow positive during these CCAA proceedings so that it will have sufficient cash to meet its pre-filing and post-filing

obligations. JTIM's operations depend on timely and continuous supply from its suppliers. Maintaining its operations as a going concern is in the best interests of all of JTIM's stakeholders. The Proposed Monitor supports JTIM's intentions to pay its employees, trade creditors, royalty payments, interest, payments, previous obligations and other disbursements in the ordinary course of its business. I agree and adopt the Proposed Monitor's reasons for supporting these pre-filing and post-filing payments as set out at paras. 65-72 of the Report of the Proposed Monitor dated March 8, 2019.

Should Blue Tree Advisors be appointed as CRO?

[26] According to JTIM, it requires the proposed Chief Restructuring Officer, William Aziz, to successfully complete its contemplated restructuring plan. Mr. Aziz has the experience and necessary skills to oversee and assist JTIM with its complex negotiations during the CCAA proceedings. With the assistance of the CRO, JTIM's management can focus on the company's operations which should maximize value for its stakeholders.

[27] I am satisfied that Mr. Aziz should be appointed as CRO pursuant to the terms of the CRO Engagement Letter which the Monitor supports.

[28] JTIM requests an order sealing the unredacted copy of the CRO Engagement Letter. Section 137(2) of the *Courts of Justice Act* gives the Court jurisdiction to order that a document filed in a civil proceeding be treated as confidential, sealed and not form part of the public record.

[29] The CRO Engagement Letter sets out the commercial terms of the CRO's engagement. This is commercially sensitive information. In my view JTIM's request for a sealing order meets the test set out in the Supreme Court of Canada's decision in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41 because it will protect a commercial interest and the salutary effects of sealing the CRO's Engagement Letter outweighs any deleterious effects since this is the type of information that a private company outside of a CCAA proceeding would treat as confidential.

Should JTIM be authorized to continue its appeal to the Supreme Court of Canada?

[30] At para. 75 of its Factum, JTIM submits as follows:

75. In this case, the Applicant is cash flow positive and has successful business operations. Its insolvency is primarily due to the QCA Judgment. The Applicant wishes to exercise its right to appeal the QCA Judgment, while staying enforcement thereof and while considering its options for a viable solution for the benefit of all of its stakeholders.

[31] In my view, based on this submission it is reasonable to permit JTIM to continue its leave to appeal application to the Supreme Court of Canada.

Conclusion

[32] For the reasons set out above the Application is granted.

HAINES J.

Date Released: March 12, 2019

TAB 11

CITATION: Lydian International Limited (Re), 2020 ONSC 4006
COURT FILE NO.: CV-19-00633392-00CL
DATE: 2020-07-10

**SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO
(COMMERCIAL LIST)**

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF
LYDIAN INTERNATIONAL LIMITED, LYDIAN CANADA VENTURES
CORPORATION AND LYDIAN U.K. CORPORATION LIMITED

BEFORE: Chief Justice G.B. Morawetz

COUNSEL: *Elizabeth Pillon, Maria Konyukhova, Sanja Sopic, and Nicholas Avis*, for the Applicants

D. J. Miller and Rachel Bergino, for Alvarez & Marsal Inc.

Robert Mason and Virginie Gauthier, for Osisko Bermuda Limited

Pamela Huff and Chris Burr, for Resource Capital Fund VI L.P.

David Bish and Michael Pickersgill, for Orion Capital Management

Alexander Steele, for Caterpillar Financial Services (UK) Limited

Bruce Darlington, for ING Bank N.V./Abs Svensk Exportkredit (publ)

John LeRoux, Hasan Ciftehan, Mehmet Ali Ekingen and Atilla Bozkay, each in their capacity as a Shareholders of Lydian International Limited

**HEARD by ZOOM Hearing
and DECIDED:**

June 29, 2020

REASONS RELEASED:

July 10, 2020

ENDORSEMENT

[1] Lydian International Limited, Lydian Canada Ventures Corporation and Lydian U.K. Corporation Limited (the "Applicants") bring this motion for an order (the "Sanction and Implementation Order"), among other things:

- a) declaring that the Meeting of Affected Creditors held on June 19, 2020 was duly convened and held, all in accordance with the Meeting Order;
- b) sanctioning and approving the Applicants' Plan of Arrangement (the "Plan") as approved by a requisite majority of Affected Creditors at the Meeting, in accordance with the Plan Meeting Order (each as defined below), a copy of which is attached as Schedule "A" to the draft Sanction and Implementation Order; and
- c) granting various other related relief (as more particularly outlined below).

[2] The Applicants submit that the Plan represents the culmination of the Applicants' restructuring efforts and allows for the resolution of these CCAA Proceedings. The Monitor and the majority of the Affected Creditors are supportive of the Plan and if sanctioned and implemented, the Plan will provide a path forward for Lydian Canada and Lydian UK as part of a privatized Restructured Lydian Group (as defined in the Plan) and ultimately lead to the termination of these CCAA Proceedings.

[3] Shortly after the conclusion of the hearing on June 29, 2020, which was conducted by Zoom, I granted the motion with reasons to follow.

[4] The facts with respect to this motion are more fully set out in the Affidavit of Edward A. Sellers sworn June 24, 2020 (the "Sellers Sanction Affidavit"), the Affidavit of Edward A. Sellers sworn June 15, 2020 (the "Sellers Meeting Affidavit") and the Affidavit of Mark Caiger sworn June 11, 2020 (the "BMO Affidavit"). Mr. Sellers and Mr. Caiger were not cross-examined. Capitalized terms used herein but not otherwise defined have the meanings ascribed to them in the Sellers Sanction Affidavit, the Sellers Meeting Affidavit, and the Plan. All references to currency in this factum are references to United States dollars, unless otherwise indicated.

Background

[5] The Applicants are three entities at the top of the Lydian Group. The Lydian Group owns a development-stage gold mine in south-central Armenia through its wholly owned non-applicant operating subsidiary Lydian Armenia. The Applicants contend that they have been unable to access their main operating asset, the Amulsar mine, since June 2018 due to blockades and the associated actions and inactions of the Government of Armenia ("GOA"), and as a result, this has prevented the Applicants from completing construction of the mine and generating revenue in the ordinary course.

[6] The Applicants further contend that the effects of the blockades, amongst other factors, caused the Applicants to seek protection under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (the "CCAA"). An Initial Order was granted on December 23, 2019. Alvarez & Marsal Canada Inc. was appointed as Monitor.

[7] In the two years since the blockades began, the Applicants contend that they have used their best efforts to resolve the factors that led to their insolvency, including engaging in negotiations with the GOA, defending their commercial rights and commencing legal proceedings in Armenia to attempt to remove the blockades but these efforts have yet to result in the Applicants re-gaining access to the Amulsar site.

[8] In early 2018, the Applicants retained BMO to canvass the market for potential refinancing or sale options. BMO has conducted multiple rounds of a sales process to market the Lydian Group's mining assets. BMO also ran a process to solicit interest in financing the Applicants' potential Treaty Arbitration. These efforts have not yet resulted in a transaction capable of satisfying the claims of the Applicants' secured lenders.

[9] Since the blockades began, the Senior Lenders have been funding the Applicants' efforts to find a solution to the situation caused by the blockades. The Senior Lenders provided additional financial support to the Lydian Group totalling in excess of \$43 million.

[10] As of March 31, 2020, the Lydian Group owed its secured lenders more than \$406.8 million.

[11] According to the Applicants, the secured lenders are no longer willing to support the Applicants' efforts to monetize their assets. The Equipment Financiers CAT and ING have taken enforcement steps and Ameriabank has issued preliminary notice of enforcement.

[12] Further, the Applicants point out that the liquidity made available to the Applicants since April 30, 2020 has been conditioned on the Applicants: (i) proposing a restructuring that would be equivalent to the Senior Lenders enforcing their security over the shares of Lydian Canada; and (ii) meeting a deadline to exit the CCAA Proceedings imposed by a majority of the Applicants' Senior Lenders, or further enforcement steps would be taken.

[13] The Applicants submit that the Plan represents the most efficient mechanism to effect an orderly transition of the Lydian Group's affairs. The Applicants contend that the Plan minimizes adverse collateral impacts on Lydian Armenia, provides for winding down the proceedings before this court and the Jersey Court and avoids uncoordinated enforcement steps being taken on the Lydian Group's property to the detriment of the Lydian Group's stakeholders generally.

The Plan

[14] The Plan recognizes and continues the priority position of the Senior Lenders in the Restructured Lydian Group. The Senior Lenders make up the only class eligible to vote on the Plan and receive a distribution thereunder.

[15] According to the Applicants, secured creditors and unsecured creditors with claims at or below Restructured Lydian will continue to maintain their claims in the Restructured Lydian Group, including Lydian Armenia, with the same priority as they previously had, ranking behind the Senior Lenders. Stakeholders with claims at the Lydian International level will continue to have their claims on the Plan Implementation Date, which are intended to be addressed through

the proposed J&E Process in Jersey. Equity claims and unsecured claims against Lydian International will not be assumed by Restructured Lydian as part of the Plan.

[16] The purpose of the Plan is to (a) implement a corporate and financial restructuring of the Applicants, (b) provide for the assignment or settlement of all intercompany debts owing to the Applicants prior to the Effective Time to, among other things, minimize adverse tax consequences to Lydian Armenia and its stakeholders, (c) provide for the equivalent of an assignment of substantially all of the assets of Lydian International to an entity owned and controlled by the Senior Lenders (“SL Newco”), through an amalgamation of Lydian Canada with SL Newco resulting in a new entity (“Restructured Lydian”), and (d) provide a release of all of the existing indebtedness and obligations owing by Lydian International to the Senior Lenders. The Plan will result in the privatization of the Lydian Group to continue as the Restructured Lydian Group.

[17] The steps involved in the Plan’s execution are described in detailed in paragraphs 71 to 74 of the Sellers Meeting Affidavit.

[18] The Plan provides for certain releases. The releases are more fully described in the Sellers Meeting Affidavit at paragraph 83.

[19] Mr. Sellers in the Sellers Sanction Affidavit at para. 16 states that the releases were critical components of the negotiations and decision-making process for the D&Os and Senior Lenders in obtaining support for the Plan and resolving these CCAA Proceedings for the benefit of the Restructured Lydian Group, including Lydian Armenia, and all of its stakeholders.

[20] Mr. Sellers further states that the Released Parties made significant contributions to the Applicants’ restructuring, both prior to and throughout these CCAA Proceedings, which resulted directly in the preservation of the Lydian Group’s business, provided numerous opportunities for the Applicants to seek to monetize their assets for the benefit of stakeholders generally and led to the successful negotiation of the Plan for the benefit of the Restructured Lydian Group.

[21] The Plan provides for a Plan Implementation Date on or prior to June 30, 2020. The majority of the Applicants’ Senior Lenders have agreed to fund the costs associated with implementing the Plan and termination of the CCAA Proceedings and the J&E Process in Jersey, through the DIP Exit Facility Amendment, which will make a DIP Exit Credit Facility available to the Applicants totalling an estimated additional \$1.866 million.

[22] The test that a debtor company must satisfy in seeking the Court’s approval for a plan of compromise or arrangement under the CCAA is well established:

- a) there must be strict compliance with all statutory requirements;**
- b) all materials filed and procedures carried out must be examined to determine if anything has been done or purported to be done which is not authorized by the CCAA and prior Orders of the Court in the CCAA proceedings; and**

- c) the plan must be fair and reasonable.

Issues

[23] The issues for determination on this motion are whether:

- a) the Plan is fair and reasonable and should be sanctioned;
- b) the releases contemplated by the Plan are appropriate;
- c) the increase to the DIP Charge to capture the amounts to be advanced under the DIP Exit Credit Facilities is appropriate;
- d) the Stay Period should be extended;
- e) the unredacted Sellers Sanction Affidavit should be sealed; and
- f) the Monitor's activities, as detailed in the Fifth Report, Sixth Report and Seventh Report, should be approved and the fees of Monitor and its counsel through to June 23, 2020 should be approved.

LAW AND ANALYSIS

Approval of the Plan

[24] To determine whether there has been strict compliance with all statutory requirements, the court considers factors such as whether: (a) the applicant meets the definition of a “debtor company” under section 2 of the CCAA; (b) the applicant has total claims against it in excess of C\$5 million; (c) the notice calling the creditors’ meeting was sent in accordance with the order of the court; (d) the creditors were properly classified; (e) the meeting of creditors was properly constituted; (f) the voting was properly carried out; and (g) the plan was approved by the requisite majority.

[25] The Applicants submit that they have complied with the procedural requirements of the CCAA, the Initial Order, the Amended and Restated Initial Order, the Meeting Order and all other Orders granted by this Court during these CCAA Proceedings. In particular:

- a) at the time the Initial Order was granted, the Applicants were found to be “debtor companies” to which the CCAA applied and that the Applicants’ liabilities exceeded the C\$5 million threshold amount under the CCAA;
- b) the classification of the Applicants’ Senior Lenders into one voting class (namely, the Affected Creditors class) was approved pursuant to the Meeting Order. This classification was not opposed at the hearing to approve the Meeting, nor was the Meeting Order appealed; the Applicants properly effected notice in accordance with the Meeting Order prior to the

Meeting. In addition, the Applicants issued a press release on June 15, 2020 announcing their intention to seek an Order of the Court to file the Plan and call, hold and conduct a meeting of the Senior Lenders;

- c) the Meeting was properly constituted and the voting on the Plan was carried out in accordance with the Meeting Order; and
- d) the Plan was approved by the Required Majority.

[26] Sections 6(3), 6(5) and 6(6) of the CCAA provide that the Court may not sanction a plan unless the plan contains certain specified provisions concerning Crown claims, employee claims and pension claims. The Applicants' submit that these provisions of the CCAA are satisfied by the Plan. Crown claims and employee claims are treated by the Plan as Unaffected Claims, meaning that such claims, if any, are not compromised or otherwise affected. The Applicants do not maintain any pension plans, and thus section 6(6) of the CCAA does not apply. In compliance with s. 6(8) of the CCAA, the Plan does not provide for any recovery to equity holders.

[27] I accept the foregoing submissions. I am satisfied that the statutory prerequisites to approval of the Plan have been satisfied, and that there has been strict compliance with all statutory requirements.

[28] The Applicants submit that no unauthorized steps have been taken in these CCAA Proceedings and throughout the entirety of these CCAA Proceedings, they have kept this Court and Monitor apprised of all material aspects of the Applicants' conduct, activities, and key issues they have worked to resolve. I accept this submission.

[29] The Applicants' submit that when considering whether a plan of compromise and arrangement is fair and reasonable, the court should consider the relative degree of prejudice that would flow from granting or refusing to grant the relief sought. Courts should also consider whether the proposed plan represents a reasonable and fair balancing of interests, in light of the other commercial alternatives available (see: *Re Canadian Airlines Corp*, 2000 ABQB 442 at paras. 3, 94, 96, and 137 – 138; and *Re Canwest Global Communications Corp*, 2010 ONSC 4209).

[30] The CCAA permits the filing of a Plan by an Applicant to its secured creditors. The Applicants' submit the fact that unsecured creditors may receive no recovery under a proposed plan of arrangement does not, of itself, negate the fairness and reasonableness of a plan of arrangement (*Anvil Range Mining Corp. (Re)*, 2002 CanLII 42003 (ONCA); and *1078385 Ontario Ltd., (Re)*, 2004 CanLII 55041 (ONCA) at paras 30-31 ([CanLII](#)), affirming 2004 CanLII 66329 (ONSC)).

[31] The Plan was presented to the Senior Lenders, who are the Applicants' only secured creditors and they voted on the Plan as a single class. The Senior Lenders voted in favour of the Plan by the Required Majority. The value of the claims of Orion and Osisko, who voted in

favour of the Plan comprise 77.8% of the total value of the Affected Creditors who were present and voting.

[32] RCF, a secured lender and 32% shareholder, did not vote in favour of the Plan. RCF has advised that it “does not intend at this time to propose or fund an alternative to the Plan, and in the absence of such an alternative we expect that the Court will have no choice but to issue the Sanction and Implementation Order.”

[33] I have been advised that an issue as between the Senior Lenders and ING has been resolved and for greater certainty this Plan does not compromise any claim that ING may have in respect of proceeds from a successfully-asserted arbitration claim. In addition, the Senior Lenders have agreed that, after payment of all claims of the Senior Lenders to proceeds from a successfully-asserted arbitration claim whether on account of: (i) claims of the Senior Lenders prior to the Plan Implementation Date; or (ii) further advances made by the Senior Lenders (or their affiliates) after the Plan Implementation Date, (whether such further advances are made as equity, secured debt or unsecured debt), the proceeds will be paid to Lydian Armenia in an amount sufficient and to be used to pay ING’s claims against Lydian Armenia prior to any further monies being returned to equity holders.

[34] The Applicants submit that the structure and the nature of the releases in the Plan recognizes and continues the priority position of the Senior Lenders. Secured creditors and unsecured creditors with claims at or below Restructured Lydian will continue to maintain their claims in the Restructured Lydian Group, including Lydian Armenia, with the same priority as they previously had, ranking behind the Senior Lenders.

[35] The Applicants state that they have considered and believe the Plan is the best available outcome for the Applicants, and the interests of the stakeholders generally in the Lydian Group.

[36] As noted in the BMO Affidavit, despite multiple rounds of the SISP and the Treaty Arbitration financing solicitation process, the Applicants submit that no transaction which would satisfy the Lydian Group’s secured obligations is currently available to the Applicants.

[37] The Applicants submit that the monetization of Treaty Arbitration is also not open to the Applicants at this time, and if initiated would require an extended period to litigate and significant additional financial resources.

[38] The Applicants submit that for the purposes of valuing an estate at a plan sanction hearing, the “value has to be determined on a current basis. [...] It is inappropriate to value the assets on a speculative or (remote) possibility basis.” A relevant consideration in this analysis is the scope and extent of previous sale or capital raising efforts undertaken by the company and any financial advisors. In support of this submission, the Applicants reference: *Anvil Range Mining Corp. (Re)*, 2002 CanLII 42003 (ONCA), para 36 (CanLII); *Philip Services Corp., Re*, 1999 CanLII 15012 (ONSC) at para 9 (CanLII) *1078385 Ontario Ltd., (Re)*, 2004 CanLII 55041 (ONCA) at paras 30-31 (CanLII), affirming *1078385 Ontario Ltd. (Re)*, 2004 CanLII 66329 (ONSC) (CanLII).

[39] The Applicants submit that the outcome of the Plan, that being the distribution of the Applicants' estates to the Senior Lenders, is essentially identical to what would be achieved with any other options available in the circumstances. Without the Plan, the Senior Lenders could (a) privatize the Applicants' assets through the enforcement of share pledges and other security, or (b) could credit bid their debt to acquire the shares or assets; or (c) enforce their secured positions following the Applicants filing for bankruptcy, administration, or liquidation proceedings across multiple jurisdictions. In each scenario (as with the Plan), the Applicants' assets are transitioned to the Senior Lenders.

[40] The foregoing submissions were not challenged.

[41] The Monitor supports the Plan. As noted in the Monitor's Seventh Report, "it is the Monitor's view that the Plan represents a better path forward than any other alternative that is available to the Applicants and is fair and reasonable."

[42] I am aware that concerns with respect to the fairness of the Plan have been raised by numerous shareholders of Lydian International and oral submissions were made by John LeRoux, Hasan Ciftehan, Mehmet Ali Ekingen and Atilla Bozkay.

[43] In addition, a number of emails were sent directly to the court, which were forwarded to counsel to the Monitor. In addition, certain emails were sent to the Monitor. None of the emails were in a proper evidentiary form.

[44] The concerns of the shareholders included criminal complaints of activities in Armenia, the content of certain press releases and the impact of the COVID-19 pandemic. Some shareholders requested a delay of three months in these proceedings.

[45] As previously noted, equity claims and unsecured claims against Lydian International will not be assumed by Restructured Lydian as part of the Plan. Simply put, the shareholders of Lydian International will not receive any compensation for their shareholdings. This is a reflection of the insolvency of the Applicants and the priority position afforded to shareholders by the CCAA.

[46] I recognize that the shareholders' monetary loss will be crystalized if the Plan is sanctioned. However, a monetary loss resulting from the ownership, purchase or sale of their equity interest is an "equity claim" as defined in s. 2(1) of the CCAA. This definition is significant as s. 6(8) of the CCAA provides:

6(8) Payment – equity claims – No compromise or arrangement that provides for the payment of an equity claim is to be sanctioned by the court unless it provides that all claims that are not equity claims are to be paid in full before the equity claim is to be paid.

[47] The Plan does not provide for payment in full of claims that are not equity claims. Consequently, equity claimants are not in the position to receive any compensation.

[48] The economic reality facing the shareholders existed prior to the COVID-19 pandemic. The Applicants were insolvent when they filed these proceedings on December 23, 2019. The financial situation facing the Applicants has not improved since the filing. In fact, it has declined. The mine is not operating with the obvious result that it is not generating revenues and interest continues to accrue on the secured debt. The fact that shareholders will receive no compensation is unfortunate but is a reflection of reality which does not preclude a finding that the Plan is fair and reasonable for the purposes of this motion.

[49] The Senior Lenders have voted in sufficient numbers in favour of the Plan. I am satisfied that there are no viable alternatives, and, in my view, it is not feasible to further delay these proceedings.

[50] Section 6.6 of the Plan provides for full and final releases in favour of the Released Parties, who consist of (a) the Applicants, their employees, agents and advisors (including counsel) and each of the members of the Existing Lydian Group's current and former directors and officers; (b) the Monitor and its counsel; and (c) the Senior Lenders and each of their respective affiliates, affiliated funds, their directors, officers, employees, agents and advisors (including counsel) (collectively, the "Ancillary Releases"). A chart setting out the impact of the releases is attached as Schedule "A" to these reasons.

[51] The Applicants submit that the releases apply to the extent permitted by law and expressly do not apply to, among other things:

- a) Lydian Canada's, Lydian UK's or the Senior Lenders' obligations under the Plan or incorporated into the Plan;
- b) obligations of any Existing Lydian Group member other than Lydian International under the Credit Agreement and Stream Agreement, and any agreements entered into relating to the foregoing, from and after the Plan Implementation Date;
- c) any claims arising from the willful misconduct or gross negligence of any applicable Released Party; and
- d) any Director from any Director Claim that is not permitted to be released pursuant to section 5.1(2) of the CCAA.

[52] Unsecured creditors' claims, other than the Ancillary Releases in favour of the Directors, are not compromised or released and remain in the Restructured Lydian Group.

[53] The Applicants submit that it is accepted that there is jurisdiction to sanction plans containing releases if the release was negotiated in favour of a third party as part of the "compromise" or "arrangement" where the release reasonably relates to the proposed restructuring and is not overly broad. There must be a reasonable connection between the third-party claim being compromised in the plan and the restructuring achieved by the plan to warrant inclusion of the third-party release in the plan (see: *Re Canadian Airlines Corp*, 2000 ABQB 442

at para 92 (CanLII) CCAA at s. 5(1); *Re Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.*, 2008 ONCA 587 at paras 61 and 70 (CanLII); *Re Canwest Global Communications Corp.*, 2010 ONSC 4209 at para 28-30 (CanLII); and *Re Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234 at paras 85-88 (CanLII).

[54] The Applicants submit that in considering whether to approve releases in favour of third parties, courts will consider the particular circumstances of the case and the objectives of the CCAA. While no single factor will be determinative, the courts have considered the following factors:

- a) Whether the parties to be released from claims were necessary and essential to the restructuring of the debtor;
- b) Whether the claims to be released were rationally connected to the purpose of the plan and necessary for it;
- c) Whether the plan could succeed without the releases;
- d) Whether the parties being released were contributing to the plan; and
- e) Whether the release benefitted the debtors as well as the creditors generally.

[55] The Applicants submit that the releases were critical components of the decision-making process for the Applicants' directors and officers and Senior Lenders' participation in these CCAA Proceedings in proposing the Plan and the Applicants submit that they would not have brought forward the Plan absent the inclusion of the releases.

[56] The Applicants also submit that the support of the Senior Lenders is essential to the Plan's viability. Without such support, which is conditional on the releases, the Plan would not succeed.

[57] The Applicants submit that the Released Parties made significant contributions to the Applicants' restructuring, both prior to and throughout these CCAA Proceedings. The extensive efforts of the Applicants' directors and officers and the Senior Lenders and Monitor resulted in the negotiation of the Plan, which forms the foundation for the completion of these CCAA Proceedings. The Senior Lenders financial contributions through forbearances, additional advances and DIP and Exit Financing were instrumental.

[58] The Applicants also submit that the releases are an integral part of the CCAA Plan which provides an orderly and effective alternative to uncoordinated and disruptive secured lender enforcement proceedings. The Plan permits unsecured creditors future potential recovery in the Restructured Lydian Group, which may not exist in bankruptcy (*Re Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.*, 2008 ONCA 587 at paras 71 (CanLII); and *Re Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234 at paras 80-82 (CanLII)).

[59] The Applicants submit that this Court has exercised its authority to grant similar releases, including in circumstances where the released claims included claims of parties who did not vote on the plan and were not eligible to receive distributions (*Target Canada Co. et al.* (2 June 2016), Toronto CV-15-10832-00CL (Ont. Sup. Ct. [Comm. List]) Sanction and Vesting Order at Schedule “B” art. 7 ([Monitor’s website](#)); *Rubicon Minerals Corporation et al.* (8 December 2016), Toronto CV-16-11566-00CL (Ont. Sup. Ct. [Comm. List]) Sanction Order at Schedule “A” art. 7 ([Monitor’s website](#)); and *Nortel Networks Corporation et al.* (30 November 2016), Toronto 09-CL-7950 (Ont. Sup. Ct. [Comm. List]) Plan of Compromise and Arrangement at art. 7 ([Monitor’s website](#))).

[60] Full disclosure of the releases was made in (a) the draft Plan that was circulated to the Service List and filed with this Court as part of the Applicants’ Motion Record (returnable June 18, 2020); and (b) the Plan attached to the Meeting Order. The Applicants also issued the Press Releases. This notification process ensured that the Applicants’ stakeholders had notice of the nature and effect of the Plan and releases.

[61] The foregoing submissions with respect to the releases were not challenged.

[62] In my view, each of the Released Parties has made a contribution to the development of the Plan. In arriving at this determination, I have taken into account the activities of the Released Parties as described in the Reports of the court-appointed Monitor. I am satisfied that it is appropriate for the Plan to include the releases in favour of the Released Parties.

[63] The development of this Plan has been challenging and as the Monitor has stated, “the Plan represents a better path forward than any other alternative that is available to the Applicants and is fair and reasonable”.

[64] I accept this assessment and find that the Plan is fair and reasonable in the circumstances.

DIP Charge

[65] The terms of the DIP Exit Facility Amendment are described in the Sellers Sanction Affidavit. The DIP Exit Facility Amendment provides for exit financing totalling \$1.866 million to assist in implementing the Plan and taking the necessary ancillary steps to terminate the CCAA Proceedings and support the J&E Process.

[66] This Court has the jurisdiction to authorize funding in the context of a CCAA restructuring pursuant to s. 11.2(1) and 11.2(2) of the CCAA. In considering whether to approve DIP financing, the Court is to consider the non-exhaustive list of factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA. These same provisions of the CCAA provide this Court with the authority to approve amendments to a DIP agreement and secure all obligations arising from the amended DIP loans with an increased DIP charge.

[67] The Applicants submit that, based on the following, the DIP Amendment should be approved and the increase to the DIP Facility should be secured by the DIP Charge:

- a) the DIP Exit Credit Facility is necessary to enable the Applicants to implement the Plan;
- b) the Monitor is supportive of the DIP Exit Facility Amendment;
- c) the DIP Exit Facility Amendment is not anticipated to give rise to any material financial prejudice; and
- d) the DIP Lenders are the majority of Senior Lenders.

[68] I am satisfied that the requested relief in respect to the DIP Amendment is reasonably necessary and appropriate in the circumstances.

Sealing Request

[69] The Applicants seek to seal the unredacted Sellers Sanction Affidavit on the basis that the redacted portions of the Sellers Sanction Affidavit contain commercially sensitive information, the disclosure of which could be harmful to stakeholders.

[70] The redactions currently being sought are consistent with previous Orders in these CCAA Proceedings. In my view, the documents in question contain sensitive commercial information. Having considered the principles set out in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 Sec. 41 at para. 53 I am satisfied that the request for a sealing order is appropriate and is granted.

Stay Period

[71] On the Plan Implementation Date, the CCAA Proceedings with respect to Lydian UK and Lydian Canada will be terminated, such that Lydian International will be the only remaining Applicant in the CCAA Proceedings. The Applicants are requesting an extension of the Stay Period for Lydian International until and including the earlier of (i) the issuance of the Monitor's CCAA Termination Certificate and (ii) December 21, 2020 to enable the remaining Applicant and the Monitor to take the steps necessary to implement the Plan and terminate the CCAA Proceedings and initiate the J&E Process. The Applicants are also requesting an extension of the Stay Period for the Non-Applicant Stay Parties (other than Lydian US) until and including the earlier of the issuance of the Monitor's Plan Implementation Certificate.

[72] I am satisfied that the Applicants in requesting the extension of the Stay Period have demonstrated that circumstances exist that make the order appropriate; and that they have acted and are acting in good faith and with due diligence such that the request is appropriate.

Approval of Monitor's Activities

[73] The Applicants are seeking an order approving the Monitor's activities to date, as detailed in the Fifth Report, Sixth Report and the Seventh Report (collectively, the "Reports").

This Court has already approved the activities of the Monitor that were detailed in its previous reports. There was no opposition to the request.

[74] I am satisfied that the Reports and the activities described therein should be approved. The Reports were prepared in a manner consistent with the Monitor's duties and the provisions of the CCAA and in compliance with the Initial Order. The Reports are approved in accordance with the language provided in the draft order.

Approval of Monitor's Fees

[75] The Applicants further seek approval of the fees and disbursements of (i) the Monitor for the period April 14, 2020 to June 23, 2020, inclusive, and (ii) counsel to the Monitor for the period April 16, 2020 to June 23, 2020. The Applicants have reviewed the fees of the Monitor and its counsel and support the payment of the same.

[76] I am satisfied that the fee requests are appropriate in the circumstances and they are approved.

DISPOSITION

[77] The Applicants' motion is granted. The Plan is sanctioned and approved. The ancillary relief referenced in the motion is also granted and an Order reflecting the foregoing has been signed.

Date: July 10, 2020

Chief Justice Geoffrey B. Morawetz

SCHEDULE “A”

Lydian International Limited et al.

Impact of the Releases Described in s. 6.6 of the Plan

Lydian Jersey		
Type of Claim	Treatment	Plan Reference
Senior Lender Claims Held by RCF, Orion and Osisko	Released	Section 6.3(n)
Unsecured Guarantee of Equipment Lessors ING, CAT, Ameriabank	Not Released. Addressed in the J&E Process in Jersey	Section 6.6 (carve-out (E))
Other Unsecured Claims Includes Maverix Metals claim against Lydian Jersey	Not Released. Addressed in the J&E Process in Jersey.	Section 6.6 (carve-out (E))
Equity Claims Held by RCF, Orion, and public Shareholders	Not Released. Addressed in the J&E Process in Jersey.	Section 3.5
D&O Claims Claims against the Directors and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Claims against Monitor Claims against the Monitor, and Monitor’s legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Claims against Senior Lenders Claims against the Senior Lenders and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Intercompany Claims Claims by Lydian Jersey against Lydian Canada and other subsidiaries	Assigned to Lydian Canada	Section 6.3(h)
Priority Claims Admin Charge, DIP Lender’s Charge, Transaction Charge, D&O Charge	Transaction Charge and D&O Charge to be terminated on Plan Implementation Date Admin Charge and DIP Lender’s Charge to be terminated on CCAA Termination Date	Section 5.2(i)

Lydian Canada		
Type of Claim	Treatment	Plan Reference
Senior Lender Claims Held by RCF, Orion and Osisko	Not Released	Section 6.6
Unsecured Claims of Equipment Lessors¹ ING, CAT, Ameriabank	Not Released	Section 6.6 (carve-out (E))
Other Unsecured Claims	Not Released	Section 6.6 (carve-out (E))
Equity Claims Shareholdings of Lydian Jersey in Lydian Canada	Not Released (but subject to amalgamation with SL Newco)	Section 3.5
D&O Claims Claims against the Directors and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)

¹ This includes contractual rights as outlined in the Waiver and Consent Agreement between Lydian Jersey, Lydian Canada, Lydian UK and Lydian Armenia dated November 26, 2018 (the “**Waiver**”).

Claims against Monitor Claims against the Monitor, and Monitor's legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Claims against Senior Lenders Claims against the Senior Lenders and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Priority Claims Admin Charge, DIP Lender's Charge, Transaction Charge, D&O Charge	Transaction Charge and D&O Charge to be terminated on Plan Implementation Date Admin Charge and DIP Lender's Charge to be terminated on CCAA Termination Date	Section 5.2(i)

Lydian UK		
Type of Claim	Treatment	Plan Reference
Senior Lender Claims Held by RCF, Orion and Osisko	Not Released	Section 6.6
Unsecured Claims of Equipment Lessors ING, CAT, Ameriabank ²	Not Released	Section 6.6 (carve-out (E))
Other Unsecured Claims	Not Released	Section 6.6 (carve-out (E))
Equity Claims Shareholdings of Lydian Canada in Lydian UK	Not Released	Section 3.5
D&O Claims Claims against the Directors and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Claims against Monitor Claims against the Monitor, and Monitor's legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Claims against Senior Lenders Claims against the Senior Lenders and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Priority Claims Admin Charge, DIP Lender's Charge, Transaction Charge, D&O Charge	Transaction Charge and D&O Charge to be terminated on Plan Implementation Date Admin Charge and DIP Lender's Charge to be terminated on CCAA Termination Date	Section 5.2(i)

²This includes the contractual rights outlined in the Waiver.

11910728 Canada Inc. ("DirectorCo")		
Type of Claim	Treatment	Plan Reference
Senior Lender Claims Held by RCF, Orion and Osisko	Not Released	Section 6.6
Unsecured Claims	Not Released	Section 6.6 (carve-out (E))
Equity Claims Shareholdings of Lydian Canada in DirectorCo	Not Released	Section 3.5
D&O Claims Claims against the Directors and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii) of the Plan
Claims against Monitor Claims against the Monitor, and Monitor's legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Claims against Senior Lenders Claims against the Senior Lenders and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)

Lydian International Holdings Limited, Lydian Resources Armenia Limited, and Lydian Resources Kosovo Limited		
Type of Claim	Treatment	Plan Reference
Senior Lender Claims Held by RCF, Orion and Osisko	Not Released	Section 6.6
Other Secured Claims Includes claim of Maverix Metals in shares of Lydian Resources Armenia Limited, which is subordinated to claims of Senior Lenders	Not Released	Section 6.6
Unsecured Claims Includes Maverix Metals claim against Lydian International Holdings Limited	Not Released	Section 6.6 (carve-out (E))
Equity Claims Shareholdings of Lydian UK in Lydian International Holdings Limited, and shareholdings of Lydian International Holdings Limited in Lydian Resources Armenia ("BVI") and Lydian Resources Kosovo Limited Includes Maverix Metals' share pledge in BVI	Not Released	Section 6.6 (carve-out (E))
D&O Claims Claims against the Directors and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii) of the Plan
Claims against Monitor Claims against the Monitor, and Monitor's legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Claims against Senior Lenders Claims against the Senior Lenders and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)

Lydian Armenia		
Type of Claim	Treatment	Plan Reference
Senior Lender Claims Held by RCF, Orion and Osisko	Not Released	Section 6.6
Equipment Lessor Secured Claims ING, CAT and Ameriabank (to the extent secured by their collateral)	Not Released	Section 6.6 (carve-out (E))
Equipment Lessor Unsecured Claims ING, CAT and Ameriabank (unsecured deficiency claims)	Not Released	Section 6.6 (carve-out (E))
Other Unsecured Claims e.g. Trade creditors	Not Released	Section 6.6 (carve-out (E))
Equity Claims Shareholdings held by BVI / DirectorCo (as sole shareholder representative of BVI)	Not Released	Section 3.5
D&O Claims Claims against the Directors	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6 (i) and (ii)
Claims against Monitor Claims against the Monitor, and Monitor's legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Claims against Senior Lenders Claims against the Senior Lenders and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)

Lydian US Lydian Zoloto, Lydian Resources Georgia Limited ("Lydian Georgia") and Georgian Resource Company LLC ("Lydian GRC", and collectively with Lydian US, Lydian Zoloto and Lydian Georgia, the "Released Guarantors" under the Plan)		
Type of Claim	Treatment	Plan Reference
Senior Lender Claims Held by RCF, Orion and Osisko	Released	Section 6.3(n)
Unsecured Claims	Not Released	Section 6.6
Equity Claims (a) Shareholdings of Lydian Jersey in Lydian US, Lydian Georgia and Lydian Zoloto; and (b) Shareholdings of Lydian Georgia in Lydian GRC	(a) Not Released. Per s. 6.4 of the Plan, Lydian US and Lydian Zoloto to be wound-up and dissolved pursuant to the laws of Colorado and Armenia, respectively. (b) Lydian Georgia shares held by Lydian Jersey to be transferred to Lydian Georgia Purchaser on Plan Implementation Date. (b) Shares of Lydian GRC held by Lydian Georgia not released. See note re: Lydian Georgia above.	Section 3.5 and section 6.4
D&O Claims, Claims against the Directors and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)

Claims against Monitor Claims against the Monitor, and Monitor's legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)
Claims against Senior Lenders Claims against the Senior Lenders and their legal counsel	Released (subject to s. 5.1(2) of the CCAA)	Section 6.6(i) and (ii)

TAB 12

Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)

92 O.R. (3d) 513

Court of Appeal for Ontario,
Laskin, Cronk and Blair JJ.A.
August 18, 2008

Debtor and creditor -- Companies' Creditors Arrangement Act
-- Companies' Creditors Arrangement Act permitting inclusion of
third-party releases in plan of compromise or arrangement to be
sanctioned by court where those releases are reasonably
connected to proposed restructuring -- Companies' Creditors
Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.

In response to a liquidity crisis which threatened the
Canadian market in Asset Backed Commercial Paper ("ABCP"), a
creditor-initiated Plan of Compromise and Arrangement was
crafted. The Plan called for the release of third parties from
any liability associated with ABCP, including, with certain
narrow exceptions, liability for claims relating to fraud. The
"double majority" required by s. 6 of the Companies'
Creditors Arrangement Act ("CCAA") approved the Plan. The
respondents sought court approval of the Plan under s. 6 of the
CCAA. The application judge made the following findings: (a)
the parties to be released were necessary and essential to the
restructuring; (b) the claims to be released were rationally
related to the purpose of the Plan and necessary for it; (c)
the Plan could not succeed without the releases; (d) the
parties who were to have claims against them released were
contributing in a tangible and realistic way to the Plan; and
(e) the Plan would benefit not only the debtor companies but
creditor noteholders generally. The application judge
sanctioned the Plan. The appellants were holders of ABCP notes
who opposed the Plan. On appeal, they argued that the CCAA does

not permit a release of claims against third parties and that the releases constitute an unconstitutional confiscation of private property that is within the exclusive domain of the provinces under s. 92 of the Constitution Act, 1867.

Held, the appeal should be dismissed.

On a proper interpretation, the CCAA permits the inclusion of third-party releases in a plan of compromise or arrangement to be sanctioned by the court where those releases are reasonably connected to the proposed restructuring. That conclusion is supported by (a) the open-ended, flexible character of the CCAA itself; (b) the broad nature of the term "compromise or arrangement" as used in the CCAA; and (c) the express statutory effect of the "double majority" vote and court sanction which render the plan binding on all creditors, including those unwilling to accept certain portions of it. The first of these signals a flexible approach to the application of the CCAA in new and evolving situations, an active judicial role in its application and interpretation, and a liberal approach to interpretation. The second provides the entre to negotiations between the parties [page514] affected in the restructuring and furnishes them with the ability to apply the broad scope of their ingenuity to fashioning the proposal. The latter afford necessary protection to unwilling creditors who may be deprived of certain of their civil and property rights as a result of the process.

While the principle that legislation must not be construed so as to interfere with or prejudice established contractual or proprietary rights -- including the right to bring an action -- in the absence of a clear indication of legislative intention to that effect is an important one, Parliament's intention to clothe the court with authority to consider and sanction a plan that contains third-party releases is expressed with sufficient clarity in the "compromise or arrangement" language of the CCAA coupled with the statutory voting and sanctioning mechanism making the provisions of the plan binding on all creditors. This is not a situation of impermissible "gap-filling" in the case of legislation severely affecting property rights; it is a question of finding meaning in the language of the Act itself.

Interpreting the CCAA as permitting the inclusion of third-party releases in a plan of compromise or arrangement is not unconstitutional under the division-of-powers doctrine and does not contravene the rules of public order pursuant to the Civil Code of Quebec. The CCAA is valid federal legislation under the federal insolvency power, and the power to sanction a plan of compromise or arrangement that contains third-party releases is embedded in the wording of the CCAA. The fact that this may interfere with a claimant's right to pursue a civil action or trump Quebec rules of public order is constitutionally immaterial. To the extent that the provisions of the CCAA are inconsistent with provincial legislation, the federal legislation is paramount.

The application judge's findings of fact were supported by the evidence. His conclusion that the benefits of the Plan to the creditors as a whole and to the debtor companies outweighed the negative aspects of compelling the unwilling appellants to execute the releases was reasonable.

Cases referred to

Steinberg Inc. c. Michaud, [1993] J.Q. no 1076, 42 C.B.R. (5th) 1, 1993 CarswellQue 229, 1993 CarswellQue 2055, [1993] R.J.Q. 1684, J.E. 93-1227, 55 Q.A.C. 297, 55 Q.A.C. 298, 41 A.C.W.S. (3d) 317 (C.A.), not folld

Canadian Airlines Corp. (Re), [2000] A.J. No. 771, 2000 ABQB 442, [2000] 10 W.W.R. 269, 84 Alta. L.R. (3d) 9, 265 A.R. 201, 9 B.L.R. (3d) 41, 20 C.B.R. (4th) 1, 98 A.C.W.S. (3d) 334 (Q.B.); NBD Bank, Canada v. Dofasco Inc. (1999), 46 O.R. (3d) 514, [1999] O.J. No. 4749, 181 D.L.R. (4th) 37, 127 O.A.C. 338, 1 B.L.R. (3d) 1, 15 C.B.R. (4th) 67, 47 C.C.L.T. (2d) 213, 93 A.C.W.S. (3d) 391 (C.A.); Pacific Coastal Airlines Ltd. v. Air Canada, [2001] B.C.J. No. 2580, 2001 BCSC 1721, 19 B.L.R. (3d) 286, 110 A.C.W.S. (3d) 259 (S.C.); Stelco Inc. (Re) (2005), 78 O.R. (3d) 241, [2005] O.J. No. 4883, 261 D.L.R. (4th) 368, 204 O.A.C. 205, 11 B.L.R. (4th) 185, 15

C.B.R. (5th) 307, 144 A.C.W.S. (3d) 15 (C.A.); Stelco Inc. (Re), [2005] O.J. No. 4814, 15 C.B.R. (5th) 297, 143 A.C.W.S. (3d) 623 (S.C.J.); Stelco Inc. (Re), [2006] O.J. No. 1996, 210 O.A.C. 129, 21 C.B.R. (5th) 157, 148 A.C.W.S. (3d) 193 (C.A.); consd

Other cases referred to

Air Canada (Re), [2004] O.J. No. 1909, [2004] O.T.C. 1169, 2 C.B.R. (5th) 4, 130 A.C.W.S. (3d) 899 (S.C.J.); Anvil Range Mining Corp. (Re) (1998), 7 C.B.R. (4th) 51 (Ont. Gen. Div.); Bell ExpressVu Ltd. Partnership v. Rex, [2002] 2 S.C.R. 559, [2002] S.C.J. No. 43, 2002 SCC 42, 212 D.L.R. (4th) 1, 287 N.R. 248, [2002] 5 W.W.R. 1, J.E. 2002-775, 166 B.C.A.C. 1, 100 B.C.L.R. (3d) 1, 18 C.P.R. (4th) 289, 93 C.R.R. (2d) 189, 113 A.C.W.S. (3d) 52, REJB 2002-30904; [page515] Canadian Red Cross Society (Re), [1998] O.J. No. 3306, 72 O.T.C. 99, 5 C.B.R. (4th) 299, 81 A.C.W.S. (3d) 932 (Gen. Div.); Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Canada, [1990] B.C.J. No. 2384, [1991] 2 W.W.R. 136, 51 B.C.L.R. (2d) 84, 4 C.B.R. (3d) 311, 23 A.C.W.S. (3d) 976 (C.A.); Cineplex Odeon Corp. (Re) (2001), 24 C.B.R. (4th) 201 (Ont. C.A.); Country Style Food Services (Re), [2002] O.J. No. 1377, 158 O.A.C. 30, 112 A.C.W.S. (3d) 1009 (C.A.); Dans l'affaire de la proposition de: Le Royal Penfield inc. et Groupe Thibault Van Houtte et Associs lte, [2003] J.Q. no 9223, [2003] R.J.Q. 2157, J.E. 2003-1566, 44 C.B.R. (4th) 302, [2003] G.S.T.C. 195 (C.S.); Dylex Ltd. (Re), [1995] O.J. No. 595, 31 C.B.R. (3d) 106, 54 A.C.W.S. (3d) 504 (Gen. Div.); Elan Corp. v. Comiskey (1990), 1 O.R. (3d) 289, [1990] O.J. No. 2180, 41 O.A.C. 282, 1 C.B.R. (3d) 101, 23 A.C.W.S. (3d) 1192 (C.A.); Employers' Liability Assurance Corp. v. Ideal Petroleum (1959) Ltd., [1978] 1 S.C.R. 230, [1976] S.C.J. No. 114, 75 D.L.R. (3d) 63, 14 N.R. 503, 26 C.B.R. (N.S.) 84, [1977] 1 A.C.W.S. 562; Fotini's Restaurant Corp. v. White Spot Ltd., [1998] B.C.J. No. 598, 38 B.L.R. (2d) 251, 78 A.C.W.S. (3d) 256 (S.C.); Guardian Assurance Co. (Re), [1917] 1 Ch. 431 (C.A.); Muscletech Research and Development Inc. (Re), [2006] O.J. No. 4087, 25 C.B.R. (5th) 231, 152 A.C.W.S. (3d) 16 (S.C.J.); Olympia & York Developments Ltd. (Re) (1993), 12 O.R. (3d) 500, [1993] O.J. No. 545, 17 C.B.R. (3d) 1, 38 A.C.W.S. (3d) 1149 (Gen. Div.); Ravelston Corp. (Re), [2007] O.J. No. 1389, 2007 ONCA 268, 31 C.B.R. (5th)

233, 156 A.C.W.S. (3d) 824, 159 A.C.W.S. (3d) 541; Reference re: Constitutional Creditors Arrangement Act (Canada), [1934] S.C.R. 659, [1934] S.C.J. No. 46, [1934] 4 D.L.R. 75, 16 C.B.R. 1; Reference re Timber Regulations, [1935] A.C. 184, [1935] 2 D.L.R. 1, [1935] 1 W.W.R. 607 (P.C.), affg [1933] S.C.R. 616, [1933] S.C.J. No. 53, [1934] 1 D.L.R. 43; Resurgence Asset Management LLC v. Canadian Airlines Corp., [2000] A.J. No. 1028, 2000 ABCA 238, [2000] 10 W.W.R. 314, 84 Alta. L.R. (3d) 52, 266 A.R. 131, 9 B.L.R. (3d) 86, 20 C.B.R. (4th) 46, 99 A.C.W.S. (3d) 533 (C.A.) [Leave to appeal to S.C.C. refused [2001] S.C.C.A. No. 60, 293 A.R. 351]; Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) (1998), 36 O.R. (3d) 418, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2, 154 D.L.R. (4th) 193, 221 N.R. 241, J.E. 98-201, 106 O.A.C. 1, 50 C.B.R. (3d) 163, 33 C.C.E.L. (2d) 173, 98 CLLC 210-006; Royal Bank of Canada v. Larue, [1928] A.C. 187 (J.C.P.C.); Skydome Corp. v. Ontario, [1998] O.J. No. 6548, 16 C.B.R. (4th) 125 (Gen. Div.); Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Armitage (2000), 50 O.R. (3d) 688, [2000] O.J. No. 3993, 137 O.A.C. 74, 20 C.B.R. (4th) 160, 100 A.C.W.S. (3d) 530 (C.A.); T&N Ltd. and Others (No. 3) (Re), [2006] E.W.H.C. 1447, [2007] 1 All E.R. 851, [2007] 1 B.C.L.C. 563, [2006] B.P.I.R. 1283, [2006] Lloyd's Rep. I.R. 817 (Ch.)

Statutes referred to

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3

Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 182

Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 192 [as am.]

Civil Code of Qubec, C.c.Q.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 4, 5.1 [as am.], 6 [as am.]

Companies Act 1985 (U.K.), 985, c. 6, s. 425

Constitution Act, 1867 (U.K.), 30 & 31 Victoria, c. 3, s. 92, (13), (21)

Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11

Authorities referred to

Dickerson, Reed, *The Interpretation and Application of Statutes* (Boston: Little, Brown and Company, 1975) [page516]

Houlden, L.W., and C.H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed., looseleaf (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992)

Driedger, E.A., *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983)

Smith, Gavin, and Rachel Platts, eds., *Halsbury's Laws of England*, 4th ed. reissue, vol. 44(1) (London, U.K.: Butterworths, 1995)

Jackson, Georgina R., and Janis P. Sarra, "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters" in Sarra, Janis P., ed., *Annual Review of Insolvency Law*, 2007 (Vancouver: Carswell, 2007)

Driedger, E.A., and R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 2002)

House of Commons Debates (Hansard), (20 April 1933) at 4091 (Hon. C.H. Cahan)

APPEAL from the sanction order of C.L. Campbell J., [2008] O.J. No. 2265, 43 C.B.R. (5th) 269 (S.C.J.) under the Companies' Creditors Arrangement Act.

See Schedule "C" -- Counsel for list of counsel.

The judgment of the court was delivered by

BLAIR J.A.: --

A. Introduction

[1] In August 2007, a liquidity crisis suddenly threatened the Canadian market in Asset Backed Commercial Paper ("ABCP"). The crisis was triggered by a loss of confidence amongst investors stemming from the news of widespread defaults on U.S. sub-prime mortgages. The loss of confidence placed the Canadian financial market at risk generally and was reflective of an economic volatility worldwide.

[2] By agreement amongst the major Canadian participants, the \$32 billion Canadian market in third-party ABCP was frozen on August 13, 2007, pending an attempt to resolve the crisis

through a restructuring of that market. The Pan-Canadian Investors Committee, chaired by Purdy Crawford, C.C., Q.C., was formed and ultimately put forward the creditor-initiated Plan of Compromise and Arrangement that forms the subject-matter of these proceedings. The Plan was sanctioned by Colin L. Campbell J. on June 5, 2008.

[3] Certain creditors who opposed the Plan seek leave to appeal and, if leave is granted, appeal from that decision. They raise an important point regarding the permissible scope of a restructuring under the Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 as amended ("CCAA"): can the court sanction a Plan that calls for creditors to provide releases to third parties who are themselves solvent and not creditors of the debtor company? They also argue that, if the answer to this question is yes, the [page517] application judge erred in holding that this Plan, with its particular releases (which bar some claims even in fraud), was fair and reasonable and therefore in sanctioning it under the CCAA.

Leave to appeal

[4] Because of the particular circumstances and urgency of these proceedings, the court agreed to collapse an oral hearing for leave to appeal with the hearing of the appeal itself. At the outset of argument, we encouraged counsel to combine their submissions on both matters.

[5] The proposed appeal raises issues of considerable importance to restructuring proceedings under the CCAA Canada-wide. There are serious and arguable grounds of appeal and -- given the expedited timetable -- the appeal will not unduly delay the progress of the proceedings. I am satisfied that the criteria for granting leave to appeal in CCAA proceedings, set out in such cases as *Cineplex Odeon Corp. (Re)* (2001), 24 C.B.R. (4th) 201 (Ont. C.A.) and *Re Country Style Food Services*, [2002] O.J. No. 1377, 158 O.A.C. 30 (C.A.) are met. I would grant leave to appeal.

Appeal

[6] For the reasons that follow, however, I would dismiss the appeal.

B. Facts

The parties

[7] The appellants are holders of ABCP Notes who oppose the Plan. They do so principally on the basis that it requires them to grant releases to third-party financial institutions against whom they say they have claims for relief arising out of their purchase of ABCP Notes. Amongst them are an airline, a tour operator, a mining company, a wireless provider, a pharmaceuticals retailer and several holding companies and energy companies.

[8] Each of the appellants has large sums invested in ABCP -- in some cases, hundreds of millions of dollars. Nonetheless, the collective holdings of the appellants -- slightly over \$1 billion -- represent only a small fraction of the more than \$32 billion of ABCP involved in the restructuring.

[9] The lead respondent is the Pan-Canadian Investors Committee which was responsible for the creation and negotiation of the Plan on behalf of the creditors. Other respondents include various major international financial institutions, the five largest Canadian banks, several trust companies and some smaller holders of ABCP product. They participated in the market in a number of different ways.
[page518]

The ABCP market

[10] Asset Backed Commercial Paper is a sophisticated and hitherto well-accepted financial instrument. It is primarily a form of short-term investment -- usually 30 to 90 days -- typically with a low-interest yield only slightly better than that available through other short-term paper from a government or bank. It is said to be "asset backed" because the cash that is used to purchase an ABCP Note is converted into a portfolio of financial assets or other asset interests that in turn provide security for the repayment of the notes.

[11] ABCP was often presented by those selling it as a safe investment, somewhat like a guaranteed investment certificate.

[12] The Canadian market for ABCP is significant and administratively complex. As of August 2007, investors had placed over \$116 billion in Canadian ABCP. Investors range from individual pensioners to large institutional bodies. On the selling and distribution end, numerous players are involved, including chartered banks, investment houses and other financial institutions. Some of these players participated in multiple ways. The Plan in this proceeding relates to approximately \$32 billion of non-bank sponsored ABCP, the restructuring of which is considered essential to the preservation of the Canadian ABCP market.

[13] As I understand it, prior to August 2007, when it was frozen, the ABCP market worked as follows.

[14] Various corporations (the "Sponsors") would arrange for entities they control ("Conduits") to make ABCP Notes available to be sold to investors through "Dealers" (banks and other investment dealers). Typically, ABCP was issued by series and sometimes by classes within a series.

[15] The cash from the purchase of the ABCP Notes was used to purchase assets which were held by trustees of the Conduits ("Issuer Trustees") and which stood as security for repayment of the notes. Financial institutions that sold or provided the Conduits with the assets that secured the ABCP are known as "Asset Providers". To help ensure that investors would be able to redeem their notes, "Liquidity Providers" agreed to provide funds that could be drawn upon to meet the demands of maturing ABCP Notes in certain circumstances. Most Asset Providers were also Liquidity Providers. Many of these banks and financial institutions were also holders of ABCP Notes ("Noteholders"). The Asset and Liquidity Providers held first charges on the assets.

[16] When the market was working well, cash from the purchase of new ABCP Notes was also used to pay off maturing ABCP

[page519] Notes; alternatively, Noteholders simply rolled their maturing notes over into new ones. As I will explain, however, there was a potential underlying predicament with this scheme.

The liquidity crisis

[17] The types of assets and asset interests acquired to "back" the ABCP Notes are varied and complex. They were generally long-term assets such as residential mortgages, credit card receivables, auto loans, cash collateralized debt obligations and derivative investments such as credit default swaps. Their particular characteristics do not matter for the purpose of this appeal, but they shared a common feature that proved to be the Achilles heel of the ABCP market: because of their long-term nature, there was an inherent timing mismatch between the cash they generated and the cash needed to repay maturing ABCP Notes.

[18] When uncertainty began to spread through the ABCP marketplace in the summer of 2007, investors stopped buying the ABCP product and existing Noteholders ceased to roll over their maturing notes. There was no cash to redeem those notes. Although calls were made on the Liquidity Providers for payment, most of the Liquidity Providers declined to fund the redemption of the notes, arguing that the conditions for liquidity funding had not been met in the circumstances. Hence the "liquidity crisis" in the ABCP market.

[19] The crisis was fuelled largely by a lack of transparency in the ABCP scheme. Investors could not tell what assets were backing their notes -- partly because the ABCP Notes were often sold before or at the same time as the assets backing them were acquired; partly because of the sheer complexity of certain of the underlying assets; and partly because of assertions of confidentiality by those involved with the assets. As fears arising from the spreading U.S. sub-prime mortgage crisis mushroomed, investors became increasingly concerned that their ABCP Notes may be supported by those crumbling assets. For the reasons outlined above, however, they were unable to redeem their maturing ABCP Notes.

The Montreal Protocol

[20] The liquidity crisis could have triggered a wholesale liquidation of the assets, at depressed prices. But it did not. During the week of August 13, 2007, the ABCP market in Canada froze -- the result of a standstill arrangement orchestrated on the heels of the crisis by numerous market participants, including Asset Providers, Liquidity Providers, Noteholders and other financial industry representatives. Under the standstill agreement -- known as the Montreal Protocol -- the parties committed [page520] to restructuring the ABCP market with a view, as much as possible, to preserving the value of the assets and of the notes.

[21] The work of implementing the restructuring fell to the Pan-Canadian Investors Committee, an applicant in the proceeding and respondent in the appeal. The Committee is composed of 17 financial and investment institutions, including chartered banks, credit unions, a pension board, a Crown corporation and a university board of governors. All 17 members are themselves Noteholders; three of them also participated in the ABCP market in other capacities as well. Between them, they hold about two-thirds of the \$32 billion of ABCP sought to be restructured in these proceedings.

[22] Mr. Crawford was named the Committee's chair. He thus had a unique vantage point on the work of the Committee and the restructuring process as a whole. His lengthy affidavit strongly informed the application judge's understanding of the factual context, and our own. He was not cross-examined and his evidence is unchallenged.

[23] Beginning in September 2007, the Committee worked to craft a plan that would preserve the value of the notes and assets, satisfy the various stakeholders to the extent possible and restore confidence in an important segment of the Canadian financial marketplace. In March 2008, it and the other applicants sought CCAA protection for the ABCP debtors and the approval of a Plan that had been pre-negotiated with some, but not all, of those affected by the misfortunes in the Canadian

ABCP market.

The Plan

(a) Plan overview

[24] Although the ABCP market involves many different players and kinds of assets, each with their own challenges, the committee opted for a single plan. In Mr. Crawford's words, "all of the ABCP suffers from common problems that are best addressed by a common solution". The Plan the Committee developed is highly complex and involves many parties. In its essence, the Plan would convert the Noteholders' paper -- which has been frozen and therefore effectively worthless for many months -- into new, long-term notes that would trade freely, but with a discounted face value. The hope is that a strong secondary market for the notes will emerge in the long run.

[25] The Plan aims to improve transparency by providing investors with detailed information about the assets supporting their ABCP Notes. It also addresses the timing mismatch between the notes and the assets by adjusting the maturity provisions and interest rates on the new notes. Further, the Plan [page521] adjusts some of the underlying credit default swap contracts by increasing the thresholds for default triggering events; in this way, the likelihood of a forced liquidation flowing from the credit default swap holder's prior security is reduced and, in turn, the risk for ABCP investors is decreased.

[26] Under the Plan, the vast majority of the assets underlying ABCP would be pooled into two master asset vehicles (MAV1 and MAV2). The pooling is designed to increase the collateral available and thus make the notes more secure.

[27] The Plan does not apply to investors holding less than \$1 million of notes. However, certain Dealers have agreed to buy the ABCP of those of their customers holding less than the \$1 million threshold, and to extend financial assistance to these customers. Principal among these Dealers are National Bank and Canaccord, two of the respondent financial institutions the appellants most object to releasing. The application judge found that these developments appeared to be

designed to secure votes in favour of the Plan by various Noteholders and were apparently successful in doing so. If the Plan is approved, they also provide considerable relief to the many small investors who find themselves unwittingly caught in the ABDP collapse.

(b) The releases

[28] This appeal focuses on one specific aspect of the Plan: the comprehensive series of releases of third parties provided for in art. 10.

[29] The Plan calls for the release of Canadian banks, Dealers, Noteholders, Asset Providers, Issuer Trustees, Liquidity Providers and other market participants -- in Mr. Crawford's words, "virtually all participants in the Canadian ABCP market" -- from any liability associated with ABCP, with the exception of certain narrow claims relating to fraud. For instance, under the Plan as approved, creditors will have to give up their claims against the Dealers who sold them their ABCP Notes, including challenges to the way the Dealers characterized the ABCP and provided (or did not provide) information about the ABCP. The claims against the proposed defendants are mainly in tort: negligence, misrepresentation, negligent misrepresentation, failure to act prudently as a dealer/advisor, acting in conflict of interest and in a few cases fraud or potential fraud. There are also allegations of breach of fiduciary duty and claims for other equitable relief.

[30] The application judge found that, in general, the claims for damages include the face value of the Notes, plus interest and additional penalties and damages.

[31] The releases, in effect, are part of a quid pro quo. Generally speaking, they are designed to compensate various participants in [page522] the market for the contributions they would make to the restructuring. Those contributions under the Plan include the requirements that:

(a) Asset Providers assume an increased risk in their credit default swap contracts, disclose certain proprietary information in relation to the assets and provide below-cost financing for margin funding facilities that are

designed to make the notes more secure;

- (b) Sponsors -- who in addition have co-operated with the Investors' Committee throughout the process, including by sharing certain proprietary information -- give up their existing contracts;
- (c) the Canadian banks provide below-cost financing for the margin funding facility; and
- (d) other parties make other contributions under the Plan.

[32] According to Mr. Crawford's affidavit, the releases are part of the Plan "because certain key participants, whose participation is vital to the restructuring, have made comprehensive releases a condition for their participation".

The CCAA proceedings to date

[33] On March 17, 2008, the applicants sought and obtained an Initial Order under the CCAA staying any proceedings relating to the ABCP crisis and providing for a meeting of the Noteholders to vote on the proposed Plan. The meeting was held on April 25. The vote was overwhelmingly in support of the Plan -- 96 per cent of the Noteholders voted in favour. At the instance of certain Noteholders, and as requested by the application judge (who has supervised the proceedings from the outset), the monitor broke down the voting results according to those Noteholders who had worked on or with the Investors' Committee to develop the Plan and those Noteholders who had not. Re-calculated on this basis the results remained firmly in favour of the proposed Plan -- 99 per cent of those connected with the development of the Plan voted positively, as did 80 per cent of those Noteholders who had not been involved in its formulation.

[34] The vote thus provided the Plan with the "double majority" approval -- a majority of creditors representing two-thirds in value of the claims -- required under s. 6 of the CCAA.

[35] Following the successful vote, the applicants sought court approval of the Plan under s. 6. Hearings were held on May 12 [page523] and 13. On May 16, the application judge

issued a brief endorsement in which he concluded that he did not have sufficient facts to decide whether all the releases proposed in the Plan were authorized by the CCAA. While the application judge was prepared to approve the releases of negligence claims, he was not prepared at that point to sanction the release of fraud claims. Noting the urgency of the situation and the serious consequences that would result from the Plan's failure, the application judge nevertheless directed the parties back to the bargaining table to try to work out a claims process for addressing legitimate claims of fraud.

[36] The result of this renegotiation was a "fraud carve-out" -- an amendment to the Plan excluding certain fraud claims from the Plan's releases. The carve-out did not encompass all possible claims of fraud, however. It was limited in three key respects. First, it applied only to claims against ABCP Dealers. Secondly, it applied only to cases involving an express fraudulent misrepresentation made with the intention to induce purchase and in circumstances where the person making the representation knew it to be false. Thirdly, the carve-out limited available damages to the value of the notes, minus any funds distributed as part of the Plan. The appellants argue vigorously that such a limited release respecting fraud claims is unacceptable and should not have been sanctioned by the application judge.

[37] A second sanction hearing -- this time involving the amended Plan (with the fraud carve-out) -- was held on June 3, 2008. Two days later, Campbell J. released his reasons for decision, approving and sanctioning the Plan on the basis both that he had jurisdiction to sanction a Plan calling for third-party releases and that the Plan including the third-party releases in question here was fair and reasonable.

[38] The appellants attack both of these determinations.

C. Law and Analysis

[39] There are two principal questions for determination on this appeal:

- (1) As a matter of law, may a CCAA plan contain a release of claims against anyone other than the debtor company or its

directors?

(2) If the answer to that question is yes, did the application judge err in the exercise of his discretion to sanction the Plan as fair and reasonable given the nature of the releases called for under it? [page524]

(1) Legal authority for the releases

[40] The standard of review on this first issue -- whether, as a matter of law, a CCAA plan may contain third-party releases -- is correctness.

[41] The appellants submit that a court has no jurisdiction or legal authority under the CCAA to sanction a plan that imposes an obligation on creditors to give releases to third parties other than the directors of the debtor company. [See Note 1 below] The requirement that objecting creditors release claims against third parties is illegal, they contend, because:

- (a) on a proper interpretation, the CCAA does not permit such releases;
- (b) the court is not entitled to "fill in the gaps" in the CCAA or rely upon its inherent jurisdiction to create such authority because to do so would be contrary to the principle that Parliament did not intend to interfere with private property rights or rights of action in the absence of clear statutory language to that effect;
- (c) the releases constitute an unconstitutional confiscation of private property that is within the exclusive domain of the provinces under s. 92 of the Constitution Act, 1867;
- (d) the releases are invalid under Quebec rules of public order; and because
- (e) the prevailing jurisprudence supports these conclusions.

[42] I would not give effect to any of these submissions.

Interpretation, "gap filling" and inherent jurisdiction

[43] On a proper interpretation, in my view, the CCAA permits the inclusion of third-party releases in a plan of compromise or arrangement to be sanctioned by the court where those releases are reasonably connected to the proposed restructuring. I am led to this conclusion by a combination of

(a) the open-ended, flexible character of the CCAA itself, (b) the broad nature of the term "compromise or arrangement" as used in the Act, and (c) the express statutory effect of the "double-majority" vote and court sanction which render the plan binding on all creditors, including [page525] those unwilling to accept certain portions of it. The first of these signals a flexible approach to the application of the Act in new and evolving situations, an active judicial role in its application and interpretation, and a liberal approach to that interpretation. The second provides the entre to negotiations between the parties affected in the restructuring and furnishes them with the ability to apply the broad scope of their ingenuity in fashioning the proposal. The latter afford necessary protection to unwilling creditors who may be deprived of certain of their civil and property rights as a result of the process.

[44] The CCAA is skeletal in nature. It does not contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred. Judges must therefore play a role in fleshing out the details of the statutory scheme. The scope of the Act and the powers of the court under it are not limitless. It is beyond controversy, however, that the CCAA is remedial legislation to be liberally construed in accordance with the modern purposive approach to statutory interpretation. It is designed to be a flexible instrument and it is that very flexibility which gives the Act its efficacy: *Canadian Red Cross Society (Re)*, [1998] O.J. No. 3306, 5 C.B.R. (4th) 299 (Gen. Div.). As Farley J. noted in *Dylex Ltd. (Re)*, [1995] O.J. No. 595, 31 C.B.R. (3d) 106 (Gen. Div.), at p. 111 C.B.R., "[t]he history of CCAA law has been an evolution of judicial interpretation".

[45] Much has been said, however, about the "evolution of judicial interpretation" and there is some controversy over both the source and scope of that authority. Is the source of the court's authority statutory, discerned solely through application of the principles of statutory interpretation, for example? Or does it rest in the court's ability to "fill in the gaps" in legislation? Or in the court's inherent jurisdiction?

[46] These issues have recently been canvassed by the

Honourable Georgina R. Jackson and Dr. Janis Sarra in their publication "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", [See Note 2 below] and there was considerable argument on these issues before the application judge and before us. While I generally agree with the authors' suggestion that the courts should adopt a hierarchical approach in their resort to these interpretive tools -- statutory interpretation, gap-filling, discretion and inherent jurisdiction [page526] -- it is not necessary, in my view, to go beyond the general principles of statutory interpretation to resolve the issues on this appeal. Because I am satisfied that it is implicit in the language of the CCAA itself that the court has authority to sanction plans incorporating third-party releases that are reasonably related to the proposed restructuring, there is no "gap-filling" to be done and no need to fall back on inherent jurisdiction. In this respect, I take a somewhat different approach than the application judge did.

[47] The Supreme Court of Canada has affirmed generally -- and in the insolvency context particularly -- that remedial statutes are to be interpreted liberally and in accordance with Professor Driedger's modern principle of statutory interpretation. Driedger advocated 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": *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)* (1998), 36 O.R. (3d) 418, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2, at para. 21, quoting E.A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983); *Bell ExpressVu Ltd. Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, [2002] S.C.J. No. 43, at para. 26.

[48] More broadly, I believe that the proper approach to the judicial interpretation and application of statutes -- particularly those like the CCAA that are skeletal in nature -- is succinctly and accurately summarized by Jackson and Sarra in their recent article, *supra*, at p. 56:

The exercise of a statutory authority requires the statute to

be construed. The plain meaning or textualist approach has given way to a search for the object and goals of the statute and the intentionalist approach. This latter approach makes use of the purposive approach and the mischief rule, including its codification under interpretation statutes that every enactment is deemed remedial, and is to be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects. This latter approach advocates reading the statute as a whole and being mindful of Driedger's "one principle", that the words of the Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. It is important that courts first interpret the statute before them and exercise their authority pursuant to the statute, before reaching for other tools in the judicial toolbox. Statutory interpretation using the principles articulated above leaves room for gap-filling in the common law provinces and a consideration of purpose in Quebec as a manifestation of the judge's overall task of statutory interpretation. Finally, the jurisprudence in relation to statutory interpretation demonstrates the fluidity inherent in the judge's task in seeking the objects of the statute and the intention of the legislature.

[49] I adopt these principles. [page527]

[50] The remedial purpose of the CCAA -- as its title affirms -- is to facilitate compromises or arrangements between an insolvent debtor company and its creditors. In *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Canada*, [1990] B.C.J. No. 2384, 4 C.B.R. (3d) 311 (C.A.), at p. 318 C.B.R., Gibbs J.A. summarized very concisely the purpose, object and scheme of the Act:

Almost inevitably, liquidation destroyed the shareholders' investment, yielded little by way of recovery to the creditors, and exacerbated the social evil of devastating levels of unemployment. The government of the day sought, through the C.C.A.A., to create a regime whereby the principals of the company and the creditors could be brought together under the supervision of the court to attempt a

reorganization or compromise or arrangement under which the company could continue in business.

[51] The CCAA was enacted in 1933 and was necessary -- as the then secretary of state noted in introducing the Bill on First Reading-- "because of the prevailing commercial and industrial depression" and the need to alleviate the effects of business bankruptcies in that context: see the statement of the Hon. C.H. Cahan, Secretary of State, House of Commons Debates (Hansard) (April 20, 1933) at 4091. One of the greatest effects of that Depression was what Gibbs J.A. described as "the social evil of devastating levels of unemployment". Since then, courts have recognized that the Act has a broader dimension than simply the direct relations between the debtor company and its creditors and that this broader public dimension must be weighed in the balance together with the interests of those most directly affected: see, for example, *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289, [1990] O.J. No. 2180 (C.A.), per Doherty J.A. in dissent; *Skydome Corp. v. Ontario*, [1998] O.J. No. 6548, 16 C.B.R. (4th) 125 (Gen. Div.); *Anvil Range Mining Corp. (Re)* (1998), 7 C.B.R. (4th) 51 (Ont. Gen. Div.).

[52] In this respect, I agree with the following statement of Doherty J.A. in *Elan*, supra, at pp. 306-307 O.R.:

[T]he Act was designed to serve a "broad constituency of investors, creditors and employees". [See Note 3 below] Because of that "broad constituency" the court must, when considering applications brought under the Act, have regard not only to the individuals and organizations directly affected by the application, but also to the wider public interest.

(Emphasis added)

Application of the principles of interpretation

[53] An interpretation of the CCAA that recognizes its broader socio-economic purposes and objects is apt in this case. As the [page528] application judge pointed out, the restructuring underpins the financial viability of the Canadian

ABCP market itself.

[54] The appellants argue that the application judge erred in taking this approach and in treating the Plan and the proceedings as an attempt to restructure a financial market (the ABCP market) rather than simply the affairs between the debtor corporations who caused the ABCP Notes to be issued and their creditors. The Act is designed, they say, only to effect reorganizations between a corporate debtor and its creditors and not to attempt to restructure entire marketplaces.

[55] This perspective is flawed in at least two respects, however, in my opinion. First, it reflects a view of the purpose and objects of the CCAA that is too narrow. Secondly, it overlooks the reality of the ABCP marketplace and the context of the restructuring in question here. It may be true that, in their capacity as ABCP Dealers, the releasee financial institutions are "third-parties" to the restructuring in the sense that they are not creditors of the debtor corporations. However, in their capacities as Asset Providers and Liquidity Providers, they are not only creditors but they are prior secured creditors to the Noteholders. Furthermore -- as the application judge found -- in these latter capacities they are making significant contributions to the restructuring by "foregoing immediate rights to assets and . . . providing real and tangible input for the preservation and enhancement of the Notes" (para. 76). In this context, therefore, the application judge's remark, at para. 50, that the restructuring "involves the commitment and participation of all parties" in the ABCP market makes sense, as do his earlier comments, at paras. 48-49:

Given the nature of the ABCP market and all of its participants, it is more appropriate to consider all Noteholders as claimants and the object of the Plan to restore liquidity to the assets being the Notes themselves. The restoration of the liquidity of the market necessitates the participation (including more tangible contribution by many) of all Noteholders.

In these circumstances, it is unduly technical to classify

the Issuer Trustees as debtors and the claims of the Noteholders as between themselves and others as being those of third party creditors, although I recognize that the restructuring structure of the CCAA requires the corporations as the vehicles for restructuring.

(Emphasis added)

[56] The application judge did observe that "[t]he insolvency is of the ABCP market itself, the restructuring is that of the market for such paper . . ." (para. 50). He did so, however, to point out the uniqueness of the Plan before him and its industry-wide significance and not to suggest that he need have no regard to the provisions of the CCAA permitting a restructuring as between debtor [page529] and creditors. His focus was on the effect of the restructuring, a perfectly permissible perspective given the broad purpose and objects of the Act. This is apparent from his later references. For example, in balancing the arguments against approving releases that might include aspects of fraud, he responded that "what is at issue is a liquidity crisis that affects the ABCP market in Canada" (para. 125). In addition, in his reasoning on the fair-and-reasonable issue, he stated, at para. 142: "Apart from the Plan itself, there is a need to restore confidence in the financial system in Canada and this Plan is a legitimate use of the CCAA to accomplish that goal".

[57] I agree. I see no error on the part of the application judge in approaching the fairness assessment or the interpretation issue with these considerations in mind. They provide the context in which the purpose, objects and scheme of the CCAA are to be considered.

The statutory wording

[58] Keeping in mind the interpretive principles outlined above, I turn now to a consideration of the provisions of the CCAA. Where in the words of the statute is the court clothed with authority to approve a plan incorporating a requirement for third-party releases? As summarized earlier, the answer to that question, in my view, is to be found in:

(a) the skeletal nature of the CCAA;

- (b) Parliament's reliance upon the broad notions of "compromise" and "arrangement" to establish the framework within which the parties may work to put forward a restructuring plan; and in
- (c) the creation of the statutory mechanism binding all creditors in classes to the compromise or arrangement once it has surpassed the high "double majority" voting threshold and obtained court sanction as "fair and reasonable".
- Therein lies the expression of Parliament's intention to permit the parties to negotiate and vote on, and the court to sanction, third-party releases relating to a restructuring.

[59] Sections 4 and 6 of the CCAA state:

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, 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. [page530]

.

6. Where a majority in number representing two-thirds in value of the creditors, or class of creditors, as the case may be, present and voting either in person or by proxy at the meeting or meetings thereof respectively held pursuant to sections 4 and 5, or either of those sections, agree to any compromise or arrangement either as proposed or as altered or modified at the meeting or meetings, the compromise or arrangement may be sanctioned by the court, and if so sanctioned is binding

- (a) on all the creditors or the class of creditors, as the case may be, and on any trustee for any such class of creditors, whether secured or unsecured, as the case may be, and on the company; and
- (b) in the case of a company that has made an authorized assignment or against which a bankruptcy order has been made under the Bankruptcy and

Insolvency Act or is in the course of being wound up under the Winding-up and Restructuring Act, on the trustee in bankruptcy or liquidator and contributories of the company.

Compromise or arrangement

[60] While there may be little practical distinction between "compromise" and "arrangement" in many respects, the two are not necessarily the same. "Arrangement" is broader than "compromise" and would appear to include any scheme for reorganizing the affairs of the debtor: L.W. Houlden and C.H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, looseleaf, 3rd ed., vol. 4 (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992) at 10A-12.2, N10. It has been said to be "a very wide and indefinite [word]": Reference re Timber Regulations, [1935] A.C. 184, [1935] 2 D.L.R. 1 (P.C.), at p. 197 A.C., affg [1933] S.C.R. 616, [1933] S.C.J. No. 53. See also *Guardian Assurance Co. (Re)*, [1917] 1 Ch. 431 (C.A.), at pp. 448, 450 Ch.; *T&N Ltd. and Others (No. 3) (Re)*, [2007] 1 All E.R. 851, [2006] E.W.H.C. 1447 (Ch.).

[61] The CCAA is a sketch, an outline, a supporting framework for the resolution of corporate insolvencies in the public interest. Parliament wisely avoided attempting to anticipate the myriad of business deals that could evolve from the fertile and creative minds of negotiators restructuring their financial affairs. It left the shape and details of those deals to be worked out within the framework of the comprehensive and flexible concepts of a "compromise" and "arrangement". I see no reason why a release in favour of a third party, negotiated as part of a package between a debtor and creditor and reasonably relating to the proposed restructuring cannot fall within that framework.

[62] A proposal under the Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (the "BIA") is a contract: *Employers' Liability Assurance Corp. v. Ideal Petroleum (1959) Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 230, [1976] S.C.J. No. 114, at p. 239 S.C.R.; [page531] *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Armitage (2000)*, 50 O.R. (3d) 688,

[2000] O.J. No. 3993 (C.A.), at para. 11. In my view, a compromise or arrangement under the CCAA is directly analogous to a proposal for these purposes and, therefore, is to be treated as a contract between the debtor and its creditors. Consequently, parties are entitled to put anything into such a plan that could lawfully be incorporated into any contract. See *Air Canada (Re)*, [2004] O.J. No. 1909, 2 C.B.R. (5th) 4 (S.C.J.), at para. 6; *Olympia & York Developments Ltd. (Re)* (1993), 12 O.R. (3d) 500, [1993] O.J. No. 545 (Gen. Div.), at p. 518 O.R.

[63] There is nothing to prevent a debtor and a creditor from including in a contract between them a term providing that the creditor release a third party. The term is binding as between the debtor and creditor. In the CCAA context, therefore, a plan of compromise or arrangement may propose that creditors agree to compromise claims against the debtor and to release third parties, just as any debtor and creditor might agree to such a term in a contract between them. Once the statutory mechanism regarding voter approval and court sanctioning has been complied with, the plan -- including the provision for releases -- becomes binding on all creditors (including the dissenting minority).

[64] *T&N Ltd. and Others (Re)*, supra, is instructive in this regard. It is a rare example of a court focusing on and examining the meaning and breadth of the term "arrangement". T&N and its associated companies were engaged in the manufacture, distribution and sale of asbestos-containing products. They became the subject of many claims by former employees, who had been exposed to asbestos dust in the course of their employment, and their dependents. The T&N companies applied for protection under s. 425 of the U.K. Companies Act 1985, a provision virtually identical to the scheme of the CCAA -- including the concepts of compromise or arrangement. [See Note 4 below]

[65] T&N carried employers' liability insurance. However, the employers' liability insurers (the "EL insurers") denied coverage. This issue was litigated and ultimately resolved through the establishment of a multi-million pound fund against which the employees and their dependants (the EL claimants)

would assert their claims. In return, T&N's former employees and dependants (the EL claimants) agreed to forego any further claims against the EL insurers. This settlement was incorporated into the plan of [page532] compromise and arrangement between the T&N companies and the EL claimants that was voted on and put forward for court sanction.

[66] Certain creditors argued that the court could not sanction the plan because it did not constitute a "compromise or arrangement" between T&N and the EL claimants since it did not purport to affect rights as between them but only the EL claimants' rights against the EL insurers. The court rejected this argument. Richards J. adopted previous jurisprudence -- cited earlier in these reasons -- to the effect that the word "arrangement" has a very broad meaning and that, while both a compromise and an arrangement involve some "give and take", an arrangement need not involve a compromise or be confined to a case of dispute or difficulty (paras. 46-51). He referred to what would be the equivalent of a solvent arrangement under Canadian corporate legislation as an example. [See Note 5 below] Finally, he pointed out that the compromised rights of the EL claimants against the EL insurers were not unconnected with the EL claimants' rights against the T&N companies; the scheme of arrangement involving the EL insurers was "an integral part of a single proposal affecting all the parties" (para. 52). He concluded his reasoning with these observations (para. 53):

In my judgment it is not a necessary element of an arrangement for the purposes of s 425 of the 1985 Act that it should alter the rights existing between the company and the creditors or members with whom it is made. No doubt in most cases it will alter those rights. But, provided that the context and content of the scheme are such as properly to constitute an arrangement between the company and the members or creditors concerned, it will fall within s 425. It is ... neither necessary nor desirable to attempt a definition of arrangement. The legislature has not done so. To insist on an alteration of rights, or a termination of rights as in the case of schemes to effect takeovers or mergers, is to impose a restriction which is neither warranted by the statutory language nor justified by the courts' approach over many

years to give the term its widest meaning. Nor is an arrangement necessarily outside the section, because its effect is to alter the rights of creditors against another party or because such alteration could be achieved by a scheme of arrangement with that party.

(Emphasis added)

[67] I find Richard J.'s analysis helpful and persuasive. In effect, the claimants in T&N were being asked to release their claims against the EL insurers in exchange for a call on the fund. Here, the appellants are being required to release their claims against certain financial third parties in exchange for what is anticipated to be an improved position for all ABCP Noteholders, stemming from the contributions the financial [page533] third parties are making to the ABCP restructuring. The situations are quite comparable.

The binding mechanism

[68] Parliament's reliance on the expansive terms "compromise" or "arrangement" does not stand alone, however. Effective insolvency restructurings would not be possible without a statutory mechanism to bind an unwilling minority of creditors. Unanimity is frequently impossible in such situations. But the minority must be protected too. Parliament's solution to this quandary was to permit a wide range of proposals to be negotiated and put forward (the compromise or arrangement) and to bind all creditors by class to the terms of the plan, but to do so only where the proposal can gain the support of the requisite "double majority" of votes [See Note 6 below] and obtain the sanction of the court on the basis that it is fair and reasonable. In this way, the scheme of the CCAA supports the intention of Parliament to encourage a wide variety of solutions to corporate insolvencies without unjustifiably overriding the rights of dissenting creditors.

The required nexus

[69] In keeping with this scheme and purpose, I do not suggest that any and all releases between creditors of the debtor company seeking to restructure and third parties may be

made the subject of a compromise or arrangement between the debtor and its creditors. Nor do I think the fact that the releases may be "necessary" in the sense that the third parties or the debtor may refuse to proceed without them, of itself, advances the argument in favour of finding jurisdiction (although it may well be relevant in terms of the fairness and reasonableness analysis).

[70] The release of the claim in question must be justified as part of the compromise or arrangement between the debtor and its creditors. In short, there must be a reasonable connection between the third-party claim being compromised in the plan and the restructuring achieved by the plan to warrant inclusion of the third-party release in the plan. This nexus exists here, in my view.

[71] In the course of his reasons, the application judge made the following findings, all of which are amply supported on the record:

- (a) The parties to be released are necessary and essential to the restructuring of the debtor; [page534]
- (b) the claims to be released are rationally related to the purpose of the Plan and necessary for it;
- (c) the Plan cannot succeed without the releases;
- (d) the parties who are to have claims against them released are contributing in a tangible and realistic way to the Plan; and
- (e) the Plan will benefit not only the debtor companies but creditor Noteholders generally.

[72] Here, then -- as was the case in T&N -- there is a close connection between the claims being released and the restructuring proposal. The tort claims arise out of the sale and distribution of the ABCP Notes and their collapse in value, as do the contractual claims of the creditors against the debtor companies. The purpose of the restructuring is to stabilize and shore up the value of those notes in the long run. The third parties being released are making separate contributions to enable those results to materialize. Those contributions are identified earlier, at para. 31 of these reasons. The application judge found that the claims being

released are not independent of or unrelated to the claims that the Noteholders have against the debtor companies; they are closely connected to the value of the ABCP Notes and are required for the Plan to succeed. At paras. 76-77, he said:

I do not consider that the Plan in this case involves a change in relationship among creditors "that does not directly involve the Company." Those who support the Plan and are to be released are "directly involved in the Company" in the sense that many are foregoing immediate rights to assets and are providing real and tangible input for the preservation and enhancement of the Notes. It would be unduly restrictive to suggest that the moving parties' claims against released parties do not involve the Company, since the claims are directly related to the value of the Notes. The value of the Notes is in this case the value of the Company.

This Plan, as it deals with releases, doesn't change the relationship of the creditors apart from involving the Company and its Notes.

[73] I am satisfied that the wording of the CCAA -- construed in light of the purpose, objects and scheme of the Act and in accordance with the modern principles of statutory interpretation -- supports the court's jurisdiction and authority to sanction the Plan proposed here, including the contested third-party releases contained in it.

The jurisprudence

[74] Third-party releases have become a frequent feature in Canadian restructurings since the decision of the Alberta Court of Queen's [page535] Bench in *Canadian Airlines Corp. (Re)*, [2000] A.J. No. 771, 265 A.R. 201 (Q.B.), leave to appeal refused by *Resurgence Asset Management LLC v. Canadian Airlines Corp.*, [2000] A.J. No. 1028, 266 A.R. 131 (C.A.), and [2001] S.C.C.A. No. 60, 293 A.R. 351. In *Muscletech Research and Development Inc. (Re)*, [2006] O.J. No. 4087, 25 C.B.R. (5th) 231 (S.C.J.), Justice Ground remarked (para. 8):

[It] is not uncommon in CCAA proceedings, in the context of a plan of compromise and arrangement, to compromise claims against the Applicants and other parties against whom such claims or related claims are made.

[75] We were referred to at least a dozen court-approved CCAA plans from across the country that included broad third-party releases. With the exception of Canadian Airlines (Re), however, the releases in those restructurings -- including Muscletech -- were not opposed. The appellants argue that those cases are wrongly decided because the court simply does not have the authority to approve such releases.

[76] In Canadian Airlines (Re) the releases in question were opposed, however. Paperny J. (as she then was) concluded the court had jurisdiction to approve them and her decision is said to be the wellspring of the trend towards third-party releases referred to above. Based on the foregoing analysis, I agree with her conclusion although for reasons that differ from those cited by her.

[77] Justice Paperny began her analysis of the release issue with the observation, at para. 87, that "[p]rior to 1997, the CCAA did not provide for compromises of claims against anyone other than the petitioning company". It will be apparent from the analysis in these reasons that I do not accept that premise, notwithstanding the decision of the Quebec Court of Appeal in Michaud v. Steinberg, [See Note 7 below] of which her comment may have been reflective. Paperny J.'s reference to 1997 was a reference to the amendments of that year adding s. 5.1 to the CCAA, which provides for limited releases in favour of directors. Given the limited scope of s. 5.1, Justice Paperny was thus faced with the argument -- dealt with later in these reasons -- that Parliament must not have intended to extend the authority to approve third-party releases beyond the scope of this section. She chose to address this contention by concluding that, although the amendments "[did] not authorize a release of claims against third parties other than directors, [they did] not prohibit such releases either" (para. 92). [page536]

[78] Respectfully, I would not adopt the interpretive

principle that the CCAA permits releases because it does not expressly prohibit them. Rather, as I explain in these reasons, I believe the open-ended CCAA permits third-party releases that are reasonably related to the restructuring at issue because they are encompassed in the comprehensive terms "compromise" and "arrangement" and because of the double-voting majority and court-sanctioning statutory mechanism that makes them binding on unwilling creditors.

[79] The appellants rely on a number of authorities, which they submit support the proposition that the CCAA may not be used to compromise claims as between anyone other than the debtor company and its creditors. Principal amongst these are *Michaud v. Steinberg*, supra; *NBD Bank, Canada v. Dofasco Inc.* (1999), 46 O.R. (3d) 514, [1999] O.J. No. 4749 (C.A.); *Pacific Coastal Airlines Ltd. v. Air Canada*, [2001] B.C.J. No. 2580, 19 B.L.R. (3d) 286 (S.C.); and *Stelco Inc. (Re)* (2005), 78 O.R. (3d) 241, [2005] O.J. No. 4883 (C.A.) ("Stelco I"). I do not think these cases assist the appellants, however. With the exception of *Steinberg*, they do not involve third-party claims that were reasonably connected to the restructuring. As I shall explain, it is my opinion that *Steinberg* does not express a correct view of the law, and I decline to follow it.

[80] In *Pacific Coastal Airlines*, Tysoe J. made the following comment, at para. 24:

[The purpose of the CCAA proceeding] is not to deal with disputes between a creditor of a company and a third party, even if the company was also involved in the subject matter of the dispute. While issues between the debtor company and non-creditors are sometimes dealt with in CCAA proceedings, it is not a proper use of a CCAA proceeding to determine disputes between parties other than the debtor company.

[81] This statement must be understood in its context, however. *Pacific Coastal Airlines* had been a regional carrier for Canadian Airlines prior to the CCAA reorganization of the latter in 2000. In the action in question, it was seeking to assert separate tort claims against Air Canada for contractual interference and inducing breach of contract in relation to

certain rights it had to the use of Canadian's flight designator code prior to the CCAA proceeding. Air Canada sought to have the action dismissed on grounds of res judicata or issue estoppel because of the CCAA proceeding. Tysse J. rejected the argument.

[82] The facts in Pacific Coastal are not analogous to the circumstances of this case, however. There is no suggestion that a resolution of Pacific Coastal's separate tort claim against Air Canada was in any way connected to the Canadian Airlines restructuring, even though Canadian -- at a contractual level -- may have had some involvement with the particular dispute. [page537] Here, however, the disputes that are the subject matter of the impugned releases are not simply "disputes between parties other than the debtor company". They are closely connected to the disputes being resolved between the debtor companies and their creditors and to the restructuring itself.

[83] Nor is the decision of this court in the NBD Bank case dispositive. It arose out of the financial collapse of Algoma Steel, a wholly owned subsidiary of Dofasco. The bank had advanced funds to Algoma allegedly on the strength of misrepresentations by Algoma's Vice-President, James Melville. The plan of compromise and arrangement that was sanctioned by Farley J. in the Algoma CCAA restructuring contained a clause releasing Algoma from all claims creditors "may have had against Algoma or its directors, officers, employees and advisors". Mr. Melville was found liable for negligent misrepresentation in a subsequent action by the bank. On appeal, he argued that since the bank was barred from suing Algoma for misrepresentation by its officers, permitting it to pursue the same cause of action against him personally would subvert the CCAA process -- in short, he was personally protected by the CCAA release.

[84] Rosenberg J.A., writing for this court, rejected this argument. The appellants here rely particularly upon his following observations, at paras. 53-54:

In my view, the appellant has not demonstrated that

allowing the respondent to pursue its claim against him would undermine or subvert the purposes of the Act. As this court noted in *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 at p. 297, . . . the CCAA is remedial legislation "intended to provide a structured environment for the negotiation of compromises between a debtor company and its creditors for the benefit of both". It is a means of avoiding a liquidation that may yield little for the creditors, especially unsecured creditors like the respondent, and the debtor company shareholders. However, the appellant has not shown that allowing a creditor to continue an action against an officer for negligent misrepresentation would erode the effectiveness of the Act.

In fact, to refuse on policy grounds to impose liability on an officer of the corporation for negligent misrepresentation would contradict the policy of Parliament as demonstrated in recent amendments to the CCAA and the Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3. Those Acts now contemplate that an arrangement or proposal may include a term for compromise of certain types of claims against directors of the company except claims that "are based on allegations of misrepresentations made by directors". L.W. Houlden and C.H. Morawetz, the editors of *The 2000 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Toronto: Carswell, 1999) at p. 192 are of the view that the policy behind the provision is to encourage directors of an insolvent corporation to remain in office so that the affairs of the corporation can be reorganized. I can see no similar policy interest in barring an action against an officer of the company who, prior to the insolvency, has misrepresented the financial affairs of the corporation to its creditors. It may be necessary to permit the compromise of claims against the debtor corporation, otherwise it may [page538] not be possible to successfully reorganize the corporation. The same considerations do not apply to individual officers. Rather, it would seem to me that it would be contrary to good policy to immunize officers from the consequences of their negligent statements which might otherwise be made in anticipation of being forgiven under a subsequent corporate proposal or arrangement.

(Footnote omitted)

[85] Once again, this statement must be assessed in context. Whether Justice Farley had the authority in the earlier Algoma CCAA proceedings to sanction a plan that included third-party releases was not under consideration at all. What the court was determining in NBD Bank was whether the release extended by its terms to protect a third party. In fact, on its face, it does not appear to do so. Justice Rosenberg concluded only that not allowing Mr. Melville to rely upon the release did not subvert the purpose of the CCAA. As the application judge here observed, "there is little factual similarity in NBD to the facts now before the Court" (para. 71). Contrary to the facts of this case, in NBD Bank the creditors had not agreed to grant a release to officers; they had not voted on such a release and the court had not assessed the fairness and reasonableness of such a release as a term of a complex arrangement involving significant contributions by the beneficiaries of the release -- as is the situation here. Thus, NBD Bank is of little assistance in determining whether the court has authority to sanction a plan that calls for third-party releases.

[86] The appellants also rely upon the decision of this court in *Stelco I*. There, the court was dealing with the scope of the CCAA in connection with a dispute over what were called the "Turnover Payments". Under an inter-creditor agreement, one group of creditors had subordinated their rights to another group and agreed to hold in trust and "turn over" any proceeds received from *Stelco* until the senior group was paid in full. On a disputed classification motion, the Subordinated Debt Holders argued that they should be in a separate class from the Senior Debt Holders. Farley J. refused to make such an order in the court below, stating:

[Sections] 4, 5 and 6 [of the CCAA] talk of compromises or arrangements between a company and its creditors. There is no mention of this extending by statute to encompass a change of relationship among the creditors vis--vis the creditors themselves and not directly involving the company.

(Citations omitted; emphasis added)

See *Stelco Inc. (Re)*, [2005] O.J. No. 4814, 15 C.B.R. (5th) 297 (S.C.J.), at para. 7.

[87] This court upheld that decision. The legal relationship between each group of creditors and Stelco was the same, albeit there were inter-creditor differences, and creditors were to be classified in accordance with their legal rights. In addition, the [page539] need for timely classification and voting decisions in the CCAA process militated against enmeshing the classification process in the vagaries of inter-corporate disputes. In short, the issues before the court were quite different from those raised on this appeal.

[88] Indeed, the Stelco plan, as sanctioned, included third-party releases (albeit uncontested ones). This court subsequently dealt with the same inter-creditor agreement on an appeal where the Subordinated Debt Holders argued that the inter-creditor subordination provisions were beyond the reach of the CCAA and, therefore, that they were entitled to a separate civil action to determine their rights under the agreement: *Stelco Inc. (Re)*, [2006] O.J. No. 1996, 21 C.B.R. (5th) 157 (C.A.) ("*Stelco II*"). The court rejected that argument and held that where the creditors' rights amongst themselves were sufficiently related to the debtor and its plan, they were properly brought within the scope of the CCAA plan. The court said (para. 11):

In [*Stelco I*] -- the classification case -- the court observed that it is not a proper use of a CCAA proceeding to determine disputes between parties other than the debtor company . . . [H]owever, the present case is not simply an inter-creditor dispute that does not involve the debtor company; it is a dispute that is inextricably connected to the restructuring process.

(Emphasis added)

[89] The approach I would take to the disposition of this appeal is consistent with that view. As I have noted, the third-party releases here are very closely connected to the ABCP restructuring process.

[90] Some of the appellants -- particularly those represented by Mr. Woods -- rely heavily upon the decision of the Quebec

Court of Appeal in *Michaud v. Steinberg*, supra. They say that it is determinative of the release issue. In *Steinberg*, the court held that the CCAA, as worded at the time, did not permit the release of directors of the debtor corporation and that third-party releases were not within the purview of the Act. Deschamps J.A. (as she then was) said (paras. 42, 54 and 58 -- English translation):

Even if one can understand the extreme pressure weighing on the creditors and the respondent at the time of the sanctioning, a plan of arrangement is not the appropriate forum to settle disputes other than the claims that are the subject of the arrangement. In other words, one cannot, under the pretext of an absence of formal directives in the Act, transform an arrangement into a potpourri.

.

The Act offers the respondent a way to arrive at a compromise with his creditors. It does not go so far as to offer an umbrella to all the persons within its orbit by permitting them to shelter themselves from any recourse.

. [page540]

The [CCAA] and the case law clearly do not permit extending the application of an arrangement to persons other than the respondent and its creditors and, consequently, the plan should not have been sanctioned as is [that is, including the releases of the directors].

[91] Justices Vallerand and Delisle, in separate judgments, agreed. Justice Vallerand summarized his view of the consequences of extending the scope of the CCAA to third-party releases in this fashion (para. 7):

In short, the Act will have become the Companies' and Their Officers and Employees Creditors Arrangement Act -- an awful mess -- and likely not attain its purpose, which is to enable the company to survive in the face of its creditors and through their will, and not in the face of the creditors of its officers. This is why I feel, just like my colleague, that such a clause is contrary to the Act's mode of

operation, contrary to its purposes and, for this reason, is to be banned.

[92] Justice Delisle, on the other hand, appears to have rejected the releases because of their broad nature -- they released directors from all claims, including those that were altogether unrelated to their corporate duties with the debtor company -- rather than because of a lack of authority to sanction under the Act. Indeed, he seems to have recognized the wide range of circumstances that could be included within the term "compromise or arrangement". He is the only one who addressed that term. At para., 90 he said:

The CCAA is drafted in general terms. It does not specify, among other things, what must be understood by "compromise or arrangement". However, it may be inferred from the purpose of this [A]ct that these terms encompass all that should enable the person who has recourse to it to fully dispose of his debts, both those that exist on the date when he has recourse to the statute and those contingent on the insolvency in which he finds himself . . .

(Emphasis added)

[93] The decision of the court did not reflect a view that the terms of a compromise or arrangement should "encompass all that should enable the person who has recourse to [the Act] to dispose of his debts . . . and those contingent on the insolvency in which he finds himself", however. On occasion, such an outlook might embrace third parties other than the debtor and its creditors in order to make the arrangement work. Nor would it be surprising that, in such circumstances, the third parties might seek the protection of releases, or that the debtor might do so on their behalf. Thus, the perspective adopted by the majority in *Steinberg*, in my view, is too narrow, having regard to the language, purpose and objects of the CCAA and the intention of Parliament. They made no attempt to consider and explain why a compromise or arrangement could not include third-party releases. In addition, the decision [page541] appears to have been based, at least partly, on a rejection of the use of contract-law concepts in analyzing the Act -- an approach inconsistent with the jurisprudence referred to above.

[94] Finally, the majority in Steinberg seems to have proceeded on the basis that the CCAA cannot interfere with civil or property rights under Quebec law. Mr. Woods advanced this argument before this court in his factum, but did not press it in oral argument. Indeed, he conceded that if the Act encompasses the authority to sanction a plan containing third-party releases -- as I have concluded it does -- the provisions of the CCAA, as valid federal insolvency legislation, are paramount over provincial legislation. I shall return to the constitutional issues raised by the appellants later in these reasons.

[95] Accordingly, to the extent Steinberg stands for the proposition that the court does not have authority under the CCAA to sanction a plan that incorporates third-party releases, I do not believe it to be a correct statement of the law and I respectfully decline to follow it. The modern approach to interpretation of the Act in accordance with its nature and purpose militates against a narrow interpretation and towards one that facilitates and encourages compromises and arrangements. Had the majority in Steinberg considered the broad nature of the terms "compromise" and "arrangement" and the jurisprudence I have referred to above, they might well have come to a different conclusion.

The 1997 amendments

[96] Steinberg led to amendments to the CCAA, however. In 1997, s. 5.1 was added, dealing specifically with releases pertaining to directors of the debtor company. It states:

5.1(1) A compromise or arrangement made in respect of a debtor company may include in its terms provision for the compromise of claims against directors of the company that arose before the commencement of proceedings under this Act and that relate to the obligations of the company where the directors are by law liable in their capacity as directors for the payment of such obligations.

Exception

(2) A provision for the compromise of claims against directors may not include claims that

- (a) relate to contractual rights of one or more creditors; or
- (b) are based on allegations of misrepresentations made by directors to creditors or of wrongful or oppressive conduct by directors.

Powers of court

(3) The court may declare that a claim against directors shall not be compromised if it is satisfied that the compromise would not be fair and reasonable in the circumstances. [page542]

Resignation or removal of directors

(4) Where all of the directors have resigned or have been removed by the shareholders without replacement, any person who manages or supervises the management of the business and affairs of the debtor company shall be deemed to be a director for the purposes of this section.

[97] Perhaps the appellants' strongest argument is that these amendments confirm a prior lack of authority in the court to sanction a plan including third-party releases. If the power existed, why would Parliament feel it necessary to add an amendment specifically permitting such releases (subject to the exceptions indicated) in favour of directors? *Expressio unius est exclusio alterius*, is the Latin maxim sometimes relied on to articulate the principle of interpretation implied in that question: to express or include one thing implies the exclusion of the other.

[98] The maxim is not helpful in these circumstances, however. The reality is that there may be another explanation why Parliament acted as it did. As one commentator has noted: [See Note 8 below]

Far from being a rule, [the maxim *expressio unius*] is not

even lexicographically accurate, because it is simply not true, generally, that the mere express conferral of a right or privilege in one kind of situation implies the denial of the equivalent right or privilege in other kinds. Sometimes it does and sometimes it does not, and whether it does or does not depends on the particular circumstances of context. Without contextual support, therefore there is not even a mild presumption here. Accordingly, the maxim is at best a description, after the fact, of what the court has discovered from context.

[99] As I have said, the 1997 amendments to the CCAA providing for releases in favour of directors of debtor companies in limited circumstances were a response to the decision of the Quebec Court of Appeal in *Steinberg*. A similar amendment was made with respect to proposals in the BIA at the same time. The rationale behind these amendments was to encourage directors of an insolvent company to remain in office during a restructuring rather than resign. The assumption was that by remaining in office the directors would provide some stability while the affairs of the company were being reorganized: see *Houlden and Morawetz*, vol. 1, *supra*, at 2-144, E11A; *Dans l'affaire de la proposition de: Le Royal Penfield inc. et Groupe Thibault Van Houtte et Associs lte*), [2003] J.Q. no. 9223, [2003] R.J.Q. 2157 (C.S.), at paras. 44-46.

[100] Parliament thus had a particular focus and a particular purpose in enacting the 1997 amendments to the CCAA and the [page543] BIA. While there is some merit in the appellants' argument on this point, at the end of the day I do not accept that Parliament intended to signal by its enactment of s. 5.1 that it was depriving the court of authority to sanction plans of compromise or arrangement in all circumstances where they incorporate third-party releases in favour of anyone other than the debtor's directors. For the reasons articulated above, I am satisfied that the court does have the authority to do so. Whether it sanctions the plan is a matter for the fairness hearing.

The deprivation of proprietary rights

[101] Mr. Shapray very effectively led the appellants' argument that legislation must not be construed so as to interfere with or prejudice established contractual or proprietary rights -- including the right to bring an action -- in the absence of a clear indication of legislative intention to that effect: Halsbury's Laws of England, 4th ed. reissue, vol. 44(1) (London: Butterworths, 1995) at paras. 1438, 1464 and 1467; Driedger, 2nd ed., supra, at 183; E.A. Driedger and Ruth Sullivan, Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes, 4th ed., (Markham, Ont.: Butterworths, 2002) at 399. I accept the importance of this principle. For the reasons I have explained, however, I am satisfied that Parliament's intention to clothe the court with authority to consider and sanction a plan that contains third-party releases is expressed with sufficient clarity in the "compromise or arrangement" language of the CCAA coupled with the statutory voting and sanctioning mechanism making the provisions of the plan binding on all creditors. This is not a situation of impermissible "gap-filling" in the case of legislation severely affecting property rights; it is a question of finding meaning in the language of the Act itself. I would therefore not give effect to the appellants' submissions in this regard.

The division of powers and paramountcy

[102] Mr. Woods and Mr. Sternberg submit that extending the reach of the CCAA process to the compromise of claims as between solvent creditors of the debtor company and solvent third parties to the proceeding is constitutionally impermissible. They say that under the guise of the federal insolvency power pursuant to s. 91(21) of the Constitution Act, 1867, this approach would improperly affect the rights of civil claimants to assert their causes of action, a provincial matter falling within s. 92(13), and contravene the rules of public order pursuant to the Civil Code of Quebec. [page544]

[103] I do not accept these submissions. It has long been established that the CCAA is valid federal legislation under the federal insolvency power: Reference re: Constitutional Creditors Arrangement Act (Canada), [1934] S.C.R. 659, [1934] S.C.J. No. 46. As the Supreme Court confirmed in that case (p.

661 S.C.R.), citing Viscount Cave L.C. in *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187 (J.C.P.C.), "the exclusive legislative authority to deal with all matters within the domain of bankruptcy and insolvency is vested in Parliament". Chief Justice Duff elaborated:

Matters normally constituting part of a bankruptcy scheme but not in their essence matters of bankruptcy and insolvency may, of course, from another point of view and in another aspect be dealt with by a provincial legislature; but, when treated as matters pertaining to bankruptcy and insolvency, they clearly fall within the legislative authority of the Dominion.

[104] That is exactly the case here. The power to sanction a plan of compromise or arrangement that contains third-party releases of the type opposed by the appellants is embedded in the wording of the CCAA. The fact that this may interfere with a claimant's right to pursue a civil action -- normally a matter of provincial concern -- or trump Quebec rules of public order is constitutionally immaterial. The CCAA is a valid exercise of federal power. Provided the matter in question falls within the legislation directly or as necessarily incidental to the exercise of that power, the CCAA governs. To the extent that its provisions are inconsistent with provincial legislation, the federal legislation is paramount. Mr. Woods properly conceded this during argument.

Conclusion with respect to legal authority

[105] For all of the foregoing reasons, then, I conclude that the application judge had the jurisdiction and legal authority to sanction the Plan as put forward.

(2) The Plan is "fair and reasonable"

[106] The second major attack on the application judge's decision is that he erred in finding that the Plan is "fair and reasonable" and in sanctioning it on that basis. This attack is centred on the nature of the third-party releases contemplated and, in particular, on the fact that they will permit the release of some claims based in fraud.

[107] Whether a plan of compromise or arrangement is fair and reasonable is a matter of mixed fact and law, and one on which the application judge exercises a large measure of discretion. The standard of review on this issue is therefore one of deference. In [page545] the absence of a demonstrable error, an appellate court will not interfere: see *Ravelston Corp. Ltd. (Re)*, [2007] O.J. No. 1389, 31 C.B.R. (5th) 233 (C.A.).

[108] I would not interfere with the application judge's decision in this regard. While the notion of releases in favour of third parties -- including leading Canadian financial institutions -- that extend to claims of fraud is distasteful, there is no legal impediment to the inclusion of a release for claims based in fraud in a plan of compromise or arrangement. The application judge had been living with and supervising the ABCP restructuring from its outset. He was intimately attuned to its dynamics. In the end, he concluded that the benefits of the Plan to the creditors as a whole, and to the debtor companies, outweighed the negative aspects of compelling the unwilling appellants to execute the releases as finally put forward.

[109] The application judge was concerned about the inclusion of fraud in the contemplated releases and at the May hearing adjourned the final disposition of the sanctioning hearing in an effort to encourage the parties to negotiate a resolution. The result was the "fraud carve-out" referred to earlier in these reasons.

[110] The appellants argue that the fraud carve-out is inadequate because of its narrow scope. It (i) applies only to ABCP Dealers; (ii) limits the type of damages that may be claimed (no punitive damages, for example); (iii) defines "fraud" narrowly, excluding many rights that would be protected by common law, equity and the Quebec concept of public order; and (iv) limits claims to representations made directly to Noteholders. The appellants submit it is contrary to public policy to sanction a plan containing such a limited restriction on the type of fraud claims that may be pursued against the third parties.

[111] The law does not condone fraud. It is the most serious kind of civil claim. There is, therefore, some force to the appellants' submission. On the other hand, as noted, there is no legal impediment to granting the release of an antecedent claim in fraud, provided the claim is in the contemplation of the parties to the release at the time it is given: *Fotini's Restaurant Corp. v. White Spot Ltd.*, [1998] B.C.J. No. 598, 38 B.L.R. (2d) 251 (S.C.), at paras. 9 and 18. There may be disputes about the scope or extent of what is released, but parties are entitled to settle allegations of fraud in civil proceedings -- the claims here all being untested allegations of fraud -- and to include releases of such claims as part of that settlement.

[112] The application judge was alive to the merits of the appellants' submissions. He was satisfied in the end, however, [page546] that the need "to avoid the potential cascade of litigation that . . . would result if a broader 'carve out' were to be allowed" (para. 113) outweighed the negative aspects of approving releases with the narrower carve-out provision. Implementation of the Plan, in his view, would work to the overall greater benefit of the Noteholders as a whole. I can find no error in principle in the exercise of his discretion in arriving at this decision. It was his call to make.

[113] At para. 71, above, I recited a number of factual findings the application judge made in concluding that approval of the Plan was within his jurisdiction under the CCAA and that it was fair and reasonable. For convenience, I reiterate them here -- with two additional findings -- because they provide an important foundation for his analysis concerning the fairness and reasonableness of the Plan. The application judge found that:

- (a) The parties to be released are necessary and essential to the restructuring of the debtor;
- (b) the claims to be released are rationally related to the purpose of the Plan and necessary for it;
- (c) the Plan cannot succeed without the releases;
- (d) the parties who are to have claims against them released are contributing in a tangible and realistic way to the

Plan;

- (e) the Plan will benefit not only the debtor companies but creditor Noteholders generally;
- (f) the voting creditors who have approved the Plan did so with knowledge of the nature and effect of the releases; and that,
- (g) the releases are fair and reasonable and not overly broad or offensive to public policy.

[114] These findings are all supported on the record. Contrary to the submission of some of the appellants, they do not constitute a new and hitherto untried "test" for the sanctioning of a plan under the CCAA. They simply represent findings of fact and inferences on the part of the application judge that underpin his conclusions on jurisdiction and fairness.

[115] The appellants all contend that the obligation to release the third parties from claims in fraud, tort, breach of fiduciary duty, etc. is confiscatory and amounts to a requirement that they -- as individual creditors -- make the equivalent of a greater financial contribution to the Plan. In his usual lively fashion, [page547] Mr. Sternberg asked us the same rhetorical question he posed to the application judge. As he put it, how could the court countenance the compromise of what in the future might turn out to be fraud perpetrated at the highest levels of Canadian and foreign banks? Several appellants complain that the proposed Plan is unfair to them because they will make very little additional recovery if the Plan goes forward, but will be required to forfeit a cause of action against third-party financial institutions that may yield them significant recovery. Others protest that they are being treated unequally because they are ineligible for relief programs that Liquidity Providers such as Canaccord have made available to other smaller investors.

[116] All of these arguments are persuasive to varying degrees when considered in isolation. The application judge did not have that luxury, however. He was required to consider the circumstances of the restructuring as a whole, including the reality that many of the financial institutions were not only

acting as Dealers or brokers of the ABCP Notes (with the impugned releases relating to the financial institutions in these capacities, for the most part) but also as Asset and Liquidity Providers (with the financial institutions making significant contributions to the restructuring in these capacities).

[117] In insolvency restructuring proceedings, almost everyone loses something. To the extent that creditors are required to compromise their claims, it can always be proclaimed that their rights are being unfairly confiscated and that they are being called upon to make the equivalent of a further financial contribution to the compromise or arrangement. Judges have observed on a number of occasions that CCAA proceedings involve "a balancing of prejudices", inasmuch as everyone is adversely affected in some fashion.

[118] Here, the debtor corporations being restructured represent the issuers of the more than \$32 billion in non-bank sponsored ABCP Notes. The proposed compromise and arrangement affects that entire segment of the ABCP market and the financial markets as a whole. In that respect, the application judge was correct in adverting to the importance of the restructuring to the resolution of the ABCP liquidity crisis and to the need to restore confidence in the financial system in Canada. He was required to consider and balance the interests of all Noteholders, not just the interests of the appellants, whose notes represent only about 3 per cent of that total. That is what he did.

[119] The application judge noted, at para. 126, that the Plan represented "a reasonable balance between benefit to all Noteholders and enhanced recovery for those who can make out [page548] specific claims in fraud" within the fraud carve-out provisions of the releases. He also recognized, at para. 134, that:

No Plan of this size and complexity could be expected to satisfy all affected by it. The size of the majority who have approved it is testament to its overall fairness. No plan to address a crisis of this magnitude can work perfect equity

among all stakeholders.

[120] In my view, we ought not to interfere with his decision that the Plan is fair and reasonable in all the circumstances.

D. Disposition

[121] For the foregoing reasons, I would grant leave to appeal from the decision of Justice Campbell, but dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

SCHEDULE "A" -- CONDUITS

Apollo Trust
Apsley Trust
Aria Trust
Aurora Trust
Comet Trust
Encore Trust
Gemini Trust
Ironstone Trust
MMAI-I Trust
Newshore Canadian Trust
Opus Trust
Planet Trust
Rocket Trust
Selkirk Funding Trust
Silverstone Trust
Slate Trust
Structured Asset Trust
Structured Investment Trust III
Symphony Trust
Whitehall Trust

SCHEDULE "B" -- APPLICANTS

ATB Financial
Caisse de dpt et placement du Qubec
Canaccord Capital Corporation [page549]
Canada Mortgage and Housing Corporation
Canada Post Corporation
Credit Union Central Alberta Limited
Credit Union Central of BC
Credit Union Central of Canada

Credit Union Central of Ontario
Credit Union Central of Saskatchewan
Desjardins Group
Magna International Inc.
National Bank of Canada/National Bank Financial
Inc.
NAV Canada
Northwater Capital Management Inc.
Public Sector Pension Investment Board
The Governors of the University of Alberta

SCHEDULE "C" -- COUNSEL

- (1) Benjamin Zarnett and Frederick L. Myers, for the Pan-Canadian Investors Committee
- (2) Aubrey E. Kauffman and Stuart Brotman, for 4446372 Canada Inc. and 6932819 Canada Inc.
- (3) Peter F.C. Howard, and Samaneh Hosseini, for Bank of America N.A.; Citibank N.A.; Citibank Canada, in its capacity as Credit Derivative Swap Counterparty and not in any other capacity; Deutsche Bank AG; HSBC Bank Canada; HSBC Bank USA, National Association; Merrill Lynch International; Merrill Lynch Capital Services, Inc.; Swiss Re Financial Products Corporation; and UBS AG
- (4) Kenneth T. Rosenberg, Lily Harmer, and Max Starnino, for Jura Energy Corporation and Redcorp Ventures Ltd.
- (5) Craig J. Hill and Sam P. Rappos, for the Monitors (ABCP Appeals)
- (6) Jeffrey C. Carhart and Joseph Marin, for Ad Hoc Committee and Pricewaterhouse Coopers Inc., in its capacity as Financial Advisor
- (7) Mario J. Forte, for Caisse de Dpt et Placement du Qubec
- (8) John B. Laskin, for National Bank Financial Inc. and National Bank of Canada [page550]
- (9) Thomas McRae and Arthur O. Jacques, for Ad Hoc Retail Creditors Committee (Brian Hunter, et al.)
- (10) Howard Shapray, Q.C. and Stephen Fitterman for Ivanhoe Mines Ltd.
- (11) Kevin P. McElcheran and Heather L. Meredith for Canadian Banks, BMO, CIBC RBC, Bank of Nova Scotia and T.D. Bank
- (12) Jeffrey S. Leon, for CIBC Mellon Trust Company, Computershare Trust Company of Canada and BNY Trust Company of Canada, as Indenture Trustees

- (13) Usman Sheikh, for Coventree Capital Inc.
- (14) Allan Sternberg and Sam R. Sasso, for Brookfield Asset Management and Partners Ltd. and Hy Bloom Inc. and Cardacian Mortgage Services Inc.
- (15) Neil C. Saxe, for Dominion Bond Rating Service
- (16) James A. Woods, Sbastien Richemont and Marie-Anne Paquette, for Air Transat A.T. Inc., Transat Tours Canada Inc., The Jean Coutu Group (PJC) Inc., Aroports de Montral, Aroports de Montral Capital Inc., Pomerleau Ontario Inc., Pomerleau Inc., Labopharm Inc., Agence Mtropolitaine de Transport (AMT), Giro Inc., Vtements de sports RGR Inc., 131519 Canada Inc., Tecsys Inc., New Gold Inc. and Jazz Air LP
- (17) Scott A. Turner, for Webtech Wireless Inc., Wynn Capital Corporation Inc., West Energy Ltd., Sabre Energy Ltd., Petrolifera Petroleum Ltd., Vaquero Resources Ltd., and Standard Energy Ltd.
- (18) R. Graham Phoenix, for Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp., Metcalfe & Mansfield Alternative Investments III Corp., Metcalfe & Mansfield Alternative Investments V Corp., Metcalfe & Mansfield Alternative Investments XI Corp., Metcalfe & Mansfield Alternative Investments XII Corp., Quanto Financial Corporation and Metcalfe & Mansfield Capital Corp.

Notes

Note 1: Section 5.1 of the CCAA specifically authorizes the granting of releases to directors in certain circumstances.

Note 2: Georgina R. Jackson and Janis P. Sarra, "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters" in Sarra, ed., Annual Review of Insolvency Law, 2007 (Vancouver, B.C.: Carswell, 2007).

Note 3: Citing Gibbs J.A. in *Chef Ready Foods*, supra, at pp. 319-20 C.B.R.

Note 4: The legislative debates at the time the CCAA was introduced in Parliament in April 1933 make it clear that the CCAA is patterned after the predecessor provisions of s. 425 of the Companies Act 1985 (U.K.): see House of Commons Debates (Hansard), supra.

Note 5: See Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 192; Ontario Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 182.

Note 6: A majority in number representing two-thirds in value of the creditors (s. 6).

Note 7: Steinberg was originally reported in French: Steinberg Inc. c. Michaud, [1993] J.Q. no. 1076, [1993] R.J.Q. 1684 (C.A.). All paragraph references to Steinberg in this judgment are from the unofficial English translation available at 1993 CarswellQue 2055.

Note 8: Reed Dickerson, *The Interpretation and Application of Statutes* (Boston: Little Brown and Company, 1975) at pp. 234-35, cited in Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary*, 8th ed. (West Group, St. Paul, Minn., 2004) at p. 621.

TAB 13

CITATION: Nelson Financial Group Ltd. (Re), 2011 ONSC 2750
COURT FILE NO.: 10-8630-00CL
DATE: 20110506

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

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

AND:

IN THE MATTER OF A PROPOSED PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF NELSON FINANCIAL GROUP LTD., Applicant

BEFORE: MORAWETZ J.

COUNSEL: Richard B. Jones and Douglas Turner, Q.C., Special Counsel to the Interim
Operating Officer and to the Representative Counsel for Noteholders

James H. Grout and Seema Aggarwal, for A. John Page & Associates Inc.,
Monitor

Jane Waechter and Swapna Chandra, for the Ontario Securities Commission

HEARD: April 20, 2011

DECISION

RELEASED: April 21, 2011

REASONS: May 6, 2011

ENDORSEMENT

[1] The motion to sanction the Plan of Arrangement of Nelson Financial Group Ltd. ("Nelson") was heard on April 20, 2011.

[2] On April 21, 2011, following consideration of the supplementary affidavit of Richard B. Jones, sworn April 20, 2011, the record was endorsed as follows:

"Motion granted. The Plan is sanctioned. An order has been signed in the form presented, as amended, which includes sealing provision relating to Exhibit B to the Thirteenth Report of the Monitor. Reasons will follow."

[3] These are the reasons.

[4] At the outset, I note that this *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA") application proceeded in a somewhat unconventional manner. These reasons reflect the very specific facts of the application.

[5] Nelson filed its application under the CCAA on March 22, 2010. Nelson had sold to members of the public some \$80 million of term promissory notes and preferred shares. As of the date of filing, over \$37 million of the promissory notes were outstanding. The sole director, voting shareholder and president of Nelson was Mr. Marc Boutet.

[6] Under the Initial Order of March 23, 2010, A. John Page & Associates Inc. was appointed as Monitor of the Applicant (the "Monitor").

[7] By order of Pepall J., made on consent of the Applicant and the Monitor on June 15, 2010, Douglas Turner, Q.C. was appointed as Representative Counsel for the holders of the notes issued by Nelson and Richard B. Jones was appointed as his Special Counsel.

[8] The restructuring was commenced as an application made by Nelson under the direction and control of incumbent management and ownership.

[9] Commencing in September 2010, Representative Counsel sought the replacement of management, as issues had been raised questioning the competency and *bona fides* of management.

[10] In October 2010, the Representative Counsel's Noteholder Advisory Committee canvassed noteholders and obtained confirmation from more than two-thirds in claim amount that they would not support any plan of arrangement that continued the incumbency of Mr. Boutet.

[11] On November 11, 2010, Mr. Boutet resigned all of his positions with Nelson, surrendered his shares for cancellation and released all claims against Nelson held by him or any of his associated corporations. In exchange, he was provided with a limited release. The arrangements in respect of his departure were approved by order of Pepall J. made November 22, 2010. In that same decision, Pepall J. appointed a substantial shareholder, Ms. Sherri Townsend, as the Interim Operating Officer ("IOO"). Under the terms of her appointment, the IOO was granted full powers as the Chief Executive Officer and was given particular authority to review the circumstances of the debtor company and its assets and, if practicable, to develop a plan for its restructuring.

[12] Under the direction of the IOO, a business plan was developed and a Plan of Compromise and Arrangement was devised.

[13] Counsel for the IOO takes the position that since the business of Nelson came under the authority and direction of the IOO, Nelson has conducted itself in full compliance with the requirements of the CCAA and of the court orders made in these proceedings. Specifically, counsel submits that the IOO has performed all of the duties and responsibilities placed upon her by the order of November 22, 2010 and by subsequent orders of the court.

- [14] Under the Plan, creditors have the following options:
- (a) creditors with claims for \$1,000 or less will receive a cash payment for the full amount of their claims (the “Convenience Class”);
 - (b) creditors may elect to receive a cash payment of 25% of their claims in full satisfaction of their claims and all of their rights against the Applicant or any other person in respect of their claims (the “Cash Exit Option”); and
 - (c) creditors who are not in the Convenience Class and who do not elect the Cash Exit Option will receive:
 - (i) capital recovery debentures for 25% of their claim;
 - (ii) new special shares with a redemption price of 25% of their claim; and
 - (iii) one common share of the Applicant for each \$100 of their claims (the “General Plan Option”).
- [15] The Plan was substantially finalized on February 11, 2011.
- [16] The Plan Filing and Meeting Order was granted on March 4, 2011.
- [17] From and after the appointment of the IOO, the relationship as between the Monitor, the IOO and their respective counsel became strained, if not dysfunctional. Further details in respect of this relationship are set out in the materials served by the parties in the period leading up to the granting of the Plan Filing and Meeting Order on March 4, 2011.
- [18] Subsequent to the granting of the Plan Filing and Meeting Order, issues were raised by Ms. Brenda Bissell, in her capacity as power of attorney for Gloria Bissell, who holds promissory notes of Nelson in her own name and also in her capacity as the owner of Globis Administrators Inc. The concerns of Ms. Bissell are set out in her affidavit of April 12, 2011.
- [19] Ms. Bissell, through counsel, attended before Mesbur J. on April 13, 2011 in respect of a request for scheduling of a motion seeking to adjourn the meeting of creditors scheduled by the Plan Filing and Meeting Order for April 16, 2011.
- [20] The endorsement of Mesbur J. reads as follows:
- Brenda Bissell P.A. [Power of Attorney] for a noteholder wishes to move urgently to postpone the vote on the proposed Plan of Arrangement, etc. scheduled for Saturday, April 16, 2011. Essentially, she wishes the opportunity to communicate her position and information to the other Noteholders. A solution has emerged at this 9:30 that will avoid both an urgent motion and any necessity to delay the vote.

On consent:

1. Special Counsel, Mr. Jones, will forthwith (i.e. today, as soon as possible) email all the Noteholders directing them to Ms. Bissell's motion materials posted on the Monitor's website, and suggesting they review the material before the meeting.
2. Mr. Page will provide Mr. Yellin today with a copy of the unredacted claims procedure memorandum: (done)
3. Mr. Yellin will provide Mr. Jones with an electronic copy of the communication his client wishes to send to the Noteholders and Mr. Jones will immediately email it to all the Noteholders, subject to the communication not containing defamatory, libellous or illegal statements.
4. If the plan is approved, Ms. Bissell's motion materials may be filed for the purposes of the sanction hearing and considered as a dissenting creditor's responding materials on the sanction hearing.

“Mesbur J.”

[21] Counsel to the IOO stated that all required steps, directed by the court in the Plan Filing and Meeting Order, have been taken by the IOO and the Monitor.

[22] About 93% of the creditor claims were voted and the Plan of Compromise and Arrangement including its technical amendments to April 12, 2011, was approved by over 96% of the creditors voting representing 94.9% of the claim value voted.

[23] For a plan to be sanctioned, the application must meet the following three tests:

- (i) there has been strict compliance with all statutory requirements and adherence to previous orders of the court;
- (ii) nothing has been done or purported to be done that is not authorized by the CCAA;
and
- (iii) the plan is fair and reasonable.

Re Sammi Atlas Inc. (1998) 3 C.B.R. (4th) 171.

[24] Counsel to the IOO submits that the circumstances of this case are atypical. Until late 2010, the Applicant was under the direction of Mr. Boutet who, counsel submits, appears to have committed a number of wrongful and fraudulent acts. The IOO, in her First Report dated February 18, 2011, set out some of those acts that had come to her attention. Counsel advised that there can be no assurance provided by the IOO or the Monitor that there was strict compliance with the court orders or the CCAA by the Applicant prior to the appointment of the

IOO. Counsel submitted that in a case where the control of the debtor company is changed in the course of the CCAA proceedings, the tests of compliance must be applied with reference to the conduct of the persons who are directing the debtor company and the persons who will benefit from the exercise of the court's discretion at the time of the application for sanctioning.

[25] In the circumstances of this case, I accept this submission and consider it appropriate to apply the test as set out in *Sammi Atlas*, in respect of compliance with statutory requirements and orders of the court, for the period subsequent to the appointment of the IOO.

[26] Based on what was disclosed in the Motion Record filed April 19, 2011, the test as set out in *Sammi Atlas* would appear to have been satisfied.

[27] However, it is also necessary to consider the Motion Record submitted by counsel on behalf of Ms. Bissell. In the hearing, I inquired as to whether counsel had any comment in respect of the materials filed by Ms. Bissell, as it was apparent that neither Ms. Bissell nor her counsel were in attendance.

[28] In response to my inquiries, counsel advised that there had been the aforementioned attendance before Mesbur J. on April 13, 2011.

[29] I find it surprising that the directions ordered by Mesbur J. were not placed in the materials put before the court. In submissions, Mr. Jones advised that there had been full compliance with respect to the directions issued by Mesbur J. He subsequently filed, in response to my request, his affidavit setting forth complete details of the steps taken to comply with the directions of Mesbur J.

[30] Having had the opportunity to review the affidavit of Mr. Jones, I am satisfied that, in the period following the application of the IOO, there has been compliance with all statutory requirements and adherence to all previous orders of the court. Further, I am satisfied that it appears that there has been nothing done or purported to be done that has not been authorized by the CCAA.

[31] With respect to the third part of the test, namely, whether the plan is fair and reasonable, the Plan does extinguish the equity interests of shareholders. Counsel to the IOO submits that this is just and equitable as the liquidation analysis of the Monitor, as set out in the Thirteenth Report as of April 6, 2011, confirms that there is no reasonable basis on which there is any economic value or interest in any shareholding of the Applicant at this time.

[32] Further, the Monitor, in its Thirteenth Report, finds that the Plan is "fair and reasonable".

[33] In addition, counsel to the IOO points out that the IOO and Representative Counsel provided an information circular to the creditors including specific information as to the business plan, financial projections and management of Nelson if the plan should be approved. Further, the circular was reviewed by the Ontario Securities Commission and was found to be unobjectionable.

[34] Counsel also submits that the Plan proposed and approved by the creditors is fair and reasonable on its face and the only persons who receive any benefit under the Plan are the creditors and those benefits are strictly proportionate to the proven claim interests of each creditor.

[35] In its Report, the Monitor makes a recommendation to the creditors and the court. The Monitor clearly states that the creditors of Nelson are faced with a choice. They could choose to approve the Plan which has both upsides and downsides. The upside is that if the new board of directors and new management can successfully carry on the business, then, in time, the creditors may recover the full amount of their claim and perhaps make a profit. However, the downside is that, if not successful, then the corporation may end up being wound up and creditors may recover less than the approximately 42% recovery over five years that is estimated by the Monitor in a bankruptcy or other form of liquidation at this time.

[36] In this case, creditors had the benefit of the information circular and the supplementary materials posted on the website and voted overwhelmingly in favour of the Plan.

[37] In determining whether a plan is fair and reasonable, the following are relevant considerations:

1. The claims must have been properly classified; there must be no secret arrangements to give an advantage to a creditor or creditors; the approval of the plan by the requisite majority of creditors is most important.
2. It is helpful if the monitor or some other disinterested person has prepared an analysis of anticipated receipts and liquidation or bankruptcy.
3. If other options or alternatives have been explored and rejected as workable, this will be significant.
4. Consideration of the oppression of rights of certain creditors.
5. Unfairness to shareholders.
6. The court will consider the public interest.

(See N§45, The 2011 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act (Houlden, Morawetz and Sarra)

[38] I am satisfied that the foregoing considerations have been taken into account and, I am satisfied that, in these circumstances, the Plan can be considered fair and reasonable.

[39] Accordingly, the motion is granted. An order has been signed approving and sanctioning the Plan and the Articles of Reorganization and providing for its implementation.

MORAWETZ J.

Date: May 6, 2011

TAB 14

KeyCite treatment

Most Negative Treatment: Distinguished

Most Recent Distinguished: [Magna International Inc., Re](#) | 2010 ONSC 4123, 2010 CarswellOnt 5916, 72 B.L.R. (4th) 250, 192 A.C.W.S. (3d) 26, [2010] O.J. No. 3454, 101 O.R. (3d) 736 | (Ont. S.C.J., Aug 17, 2010)
1993 CarswellOnt 182

Ontario Court of Justice (General Division)

Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.

1993 CarswellOnt 182, [1993] O.J. No. 545, 12 O.R. (3d) 500, 17 C.B.R. (3d) 1, 38 A.C.W.S. (3d) 1149

**Re Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36;
Re plan of arrangement of OLYMPIA & YORK DEVELOPMENTS
LIMITED and all other companies set out in Schedule "A" attached hereto**

R.A. Blair J.

Heard: February 1 and 5, 1993

Oral reasons: February 5, 1993

Written reasons: February 24, 1993

Judgment: February 24, 1993

Docket: Doc. B125/92

Counsel: [List of counsel attached as Schedule "A" hereto.]

Subject: Corporate and Commercial; Insolvency

Related Abridgment Classifications

Bankruptcy and insolvency

[XIX Companies' Creditors Arrangement Act](#)

[XIX.3 Arrangements](#)

[XIX.3.a Approval by court](#)

Table of Authorities

Cases considered:

Alabama, New Orleans, Texas & Pacific Junction Railway Co., Re, 2 Meg. 377, [1886-90] All E.R. Rep. Ext. 1143, [1891] 1 Ch. at 231 (C.A.) — referred to

Campeau Corp., Re (1992), 10 C.B.R. (3d) 104 (Ont. Gen. Div.) — referred to

Canadian Vinyl Industries Inc., Re (1978), 29 C.B.R. (N.S.) 12 (C.S. Que.) — referred to

Dairy Corp. of Canada, Re, [1934] O.R. 436, [1934] 3 D.L.R. 347 (C.A.) — referred to

École Internationale de Haute Esthétique Edith Serei Inc. (Receiver of) c. Edith Serei Internationale (1987), Inc. (1989), 78 C.B.R. (N.S.) 36 (C.S. Qué.) — referred to

Keddy Motor Inns Ltd., Re (1992), 13 C.B.R. (3d) 245, 90 D.L.R. (4th) 175, 6 B.L.R. (2d) 116, 110 N.S.R. (2d) 246, 299 A.P.R. 246 (C.A.) — referred to

Langley's Ltd., Re, [1938] O.R. 123, [1938] 3 D.L.R. 230 (C.A.) — referred to

Multidev Immobilia Inc. v. S.A. Just Invest, 70 C.B.R. (N.S.) 91, [1988] R.J.Q. 1928 (S.C.) — considered

NsC Diesel Power Inc. (1990), 79 C.B.R. (N.S.) 1, 97 N.S.R. (2d) 295, 258 A.P.R. 295 (T.D.) — referred to

Northland Properties Ltd., Re (1988), 73 C.B.R. (N.S.) 175 (B.C. S.C.), affirmed (*sub nom. Northland Properties Ltd. v. Excelsior Life Insurance Co. of Canada*) 73 C.B.R. (N.S.) 195, 34 B.C.L.R. (2d) 122, [1989] 3 W.W.R. 363 (C.A.) — referred to

Nova Metal Products Inc. v. Comiskey (Trustee of) (1990), 1 C.B.R. (3d) 101, (*sub nom. Elan Corp. v. Comiskey*) 41 O.A.C. 282, 1 O.R. (3d) 289 (C.A.) — considered

Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp. (1990), 2 C.B.R. (3d) 303, 51 B.C.L.R. (2d) 193 (C.A.) [leave to appeal to S.C.C. refused] (1991), 7 C.B.R. (3d) 164 (note), 55 B.C.L.R. xxxiii (note), 135 N.R. 317 (note)] — *considered*
Wellington Building Corp., Re, 16 C.B.R. 48, [1934] O.R. 653, [1934] 4 D.L.R. 626 (S.C.) — *considered*

Statutes considered:

Companies Act, The, R.S.O. 1927, c. 218.

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

s. 4

s. 5

s. 6

Joint Stock Companies Arrangements Act, 1870 (U.K.), 33 & 34 Vict., c. 104.

Application for sanctioning of plan under *Companies' Creditors Arrangement Act*.

R.A. Blair J.:

1 On May 14, 1992, Olympia & York Developments Limited and 23 affiliated corporations ("the Applicants") sought, and obtained an Order granting them the protection of the *Companies' Creditors Arrangement Act* [R.S.C. 1985, c. C-36] for a period of time while they attempted to negotiate a Plan of Arrangement with their creditors and to restructure their corporate affairs. The Olympia & York group of companies constitute one of the largest and most respected commercial real estate empires in the world, with prime holdings in the main commercial centres in Canada, the U.S.A., England and Europe. This empire was built by the Reichmann family of Toronto. Unfortunately, it has fallen on hard times, and, indeed, it seems, it has fallen apart.

2 A Final Plan of Compromise or Arrangements has now been negotiated and voted on by the numerous classes of creditors. 27 of the 35 classes have voted in favour of the Final Plan; 8 have voted against it. The Applicants now bring the Final Plan before the Court for sanctioning, pursuant to [section 6 of the Companies' Creditors Arrangement Act](#).

The Plan

3 The Plan is described in the motion materials as "the Revised Plans of Compromise and Arrangement dated December 16, 1992, as further amended to January 25, 1993". I shall refer to it as "the Plan" or "the Final Plan". Its purpose, as stated in Article 1.2,

... is to effect the reorganization of the businesses and affairs of the Applicants in order to bring stability to the Applicants for a period of not less than five years, in the expectation that all persons with an interest in the Applicants will derive a greater benefit from the continued operation of the businesses and affairs of the Applicants on such a basis than would result from the immediate forced liquidation of the Applicants' assets.

4 The Final Plan envisages the restructuring of certain of the O & Y ownership interests, and a myriad of individual proposals — with some common themes — for the treatment of the claims of the various classes of creditors which have been established in the course of the proceedings.

5 The contemplated O & Y restructuring has three principal components, namely:

1. The organization of O & Y Properties, a company to be owned as to 90% by OYDL and as to 10% by the Reichmann family, and which is to become OYDL's Canadian Real Estate Management Arm;

2. Subject to certain approvals and conditions, *and provided the secured creditors do not exercise their remedies against their security*, the transfer by OYDL of its interest in certain Canadian real estate assets to O & Y properties, in exchange for shares; and,

3. A GW reorganization scheme which will involve the transfer of common shares of GWU holdings to OYDL, the privatization of GW utilities and the amalgamation of GW utilities with OYDL.

6 There are 35 classes of creditors for purposes of voting on the Final Plan and for its implementation. The classes are grouped into four different categories of classes, namely by claims of project lenders, by claims of joint venture lenders, by claims of joint venture co-participants, and by claims of "other classes".

7 Any attempt by me to summarize, in the confines of reasons such as these, the manner of proposed treatment for these various categories and classes would not do justice to the careful and detailed concept of the Plan. A variety of intricate schemes are put forward, on a class by class basis, for dealing with the outstanding debt in question during the 5 year Plan period.

8 In general, these schemes call for interest to accrue at the contract or some other negotiated rate, and for interest (and, in some cases, principal) to be paid from time to time during the Plan period if O & Y's cash flow permits. At the same time, O & Y (with, I think, one exception) will continue to manage the properties that it has been managing to date, and will receive revenue in the form of management fees for performing that service. In many, but not all, of the project lender situations, the Final Plan envisages the transfer of title to the newly formed O & Y Properties. Special arrangements have been negotiated with respect to lenders whose claims are against marketable securities, including the Marketable Securities Lenders, the GW Marketable Security and Other Lenders, the Carena Lenders and the Gulf and Abitibi Lenders.

9 It is an important feature of the Final Plan that secured creditors are ceded the right, if they so choose, to exercise their realization remedies at any time (subject to certain strictures regarding timing and notice). In effect, they can "drop out" of the Plan if they desire.

10 The unsecured creditors, of course, are heirs to what may be left. Interest is to accrue on the unsecured loans at the contract rate during the Plan period. The Final Plan calls for the administrator to calculate, at least annually, an amount that may be paid on the O & Y unsecured indebtedness out of OYDL's cash on hand, and such amount, if indeed such an amount is available, may be paid out on court approval of the payment. The unsecured creditors are entitled to object to the transfer of assets to O & Y Properties if they are not reasonably satisfied that O & Y Properties "will be a viable, self-financing entity". At the end of the Plan period, the members of this class are given the option of converting their remaining debt into stock.

11 The Final Plan contemplates the eventuality that one or more of the secured classes may reject it. Section 6.2 provides,

a) that if the Plan is not approved by the requisite majority of holders of any Class of Secured Claims before January 16, 1993, the stay of proceedings imposed by the initial CCAA order of May 14, 1992, as amended, shall be automatically lifted; and,

b) that in the event that Creditors (other than the unsecured creditors and one Class of Bondholders' Claims) do not agree to the Plan, any such Class shall be deemed not to have agreed to the Plan and to be a Class of Creditors not affected by the Plan, and that the Applicants shall apply to the court for a Sanction Order which sanctions the Plan only insofar as it affects the classes which have agreed to the Plan.

12 Finally, I note that Article 1.3 Of the Final Plan stipulates that the Plan document "constitutes a separate and severable plan of compromise and arrangement with respect to each of the Applicants."

The Principles to be Applied on Sanctioning

13 In *Nova Metal Products Inc. v. Comiskey (Trustee of)* (sub nom. *Elan Corp. v. Comiskey*) (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), Doherty J.A. concluded his examination of the purpose and scheme of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, with this overview, at pp. 308-309:

Viewed in its totality, the Act gives the court control over the initial decision to put the reorganization plan before the creditors, the classification of creditors for the purpose of considering the plan, conduct affecting the debtor company

pending consideration of that plan, and the ultimate acceptability of any plan agreed upon by the creditors. The Act envisions that the rights and remedies of individual creditors, the debtor company, and others may be sacrificed, at least temporarily, in an effort to serve the greater good by arriving at some acceptable reorganization which allows the debtor company to continue in operation: *Icor Oil & Gas Co. v. Canadian Imperial Bank of Commerce (No. 1)* (1989), 102 A.R. 161 (Q.B.), at p. 165.

14 Mr. Justice Doherty's summary, I think, provides a very useful focus for approaching the task of sanctioning a Plan.

15 Section 6 of the CCAA reads as follows:

6. Where a majority in number representing three-fourths in value of the creditors, or class of creditors, as the case may be, present and voting either in person or by proxy at the meeting or meetings thereof respectively held pursuant to sections 4 and 5, or either of those sections, agree to any compromise or arrangement either as proposed or as altered or modified at the meeting or meetings, *the compromise or arrangement may be sanctioned by the court, and if so sanctioned is binding*

(a) *on all the creditors or the class of creditors*, as the case may be, and on any trustee for any such class of creditors, whether secured or unsecured, as the case may be, *and on the company*; and

(b) in the case of a company that has made an authorized assignment or against which a receiving order has been made under the *Bankruptcy Act* or is in the course of being wound up under the *Winding-up Act*, on the trustee in bankruptcy or liquidator and contributories of the company. (Emphasis added)

16 Thus, the final step in the CCAA process is court sanctioning of the Plan, after which the Plan becomes binding on the creditors and the company. The exercise of this statutory obligation imposed upon the court is a matter of discretion.

17 The general principles to be applied in the exercise of the Court's discretion have been developed in a number of authorities. They were summarized by Mr. Justice Trainor in *Re Northland Properties Ltd.* (1988), 73 C.B.R. (N.S.) 175 (B.C.S.C.) and adopted on appeal in that case by McEachern C.J.B.C., who set them out in the following fashion at (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 195 (B.C.C.A.), p. 201:

The authorities do not permit any doubt about the principles to be applied in a case such as this. They are set out over and over again in many decided cases and may be summarized as follows:

(1) there must be strict compliance with all statutory requirements;

(2) all materials filed and procedures carried out must be examined to determine if anything has been done or purported to have been done which is not authorized by the C.C.A.A.;

(3) The plan must be fair and reasonable.

18 In an earlier Ontario decision, *Re Dairy Corp. of Canada*, [1934] O.R. 436 (C.A.), Middleton J.A. applied identical criteria to a situation involving an arrangement under the Ontario *Companies Act*. The N.S.C.A. recently followed *Re Northland Properties Ltd.* in *Re Keddy Motor Inns Ltd.* (1992), 13 C.B.R. (3d) 245 (N.S.C.A.). Farley J. did as well in *Re Campeau Corp.*, [1992] O.J. No. 237 (Ont. Ct. of Justice, Gen. Div.) [now reported at 10 C.B.R. (3d) 104].

Strict Compliance with Statutory Requirements

19 Both this first criterion, dealing with statutory requirements, and the second criterion, dealing with the absence of any unauthorized conduct, I take to refer to compliance with the various procedural imperatives of the legislation itself, or to compliance with the various orders made by the court during the course of the CCAA process: See *Re Campeau, supra*.

20 At the outset, on May 14, 1992 I found that the Applicants met the criteria for access to the protection of the Act — they are insolvent; they have outstanding issues of bonds issued in favour of a trustee, and the compromise proposed at that time, and

now, includes a compromise of the claims of those creditors whose claims are pursuant to the trust deeds. During the course of the proceedings Creditors' Committees have been formed to facilitate the negotiation process, and creditors have been divided into classes for the purposes of voting, as envisaged by the Act. Votes of those classes of creditors have been held, as required.

21 With the consent, and at the request of, the Applicants and the Creditors' Committees, The Honourable David H.W. Henry, a former Justice of this Court, was appointed "Claims Officer" by Order dated September 11, 1992. His responsibilities in that capacity included, as well as the determination of the value of creditors' claims for voting purposes, the responsibility of presiding over the meetings at which the votes were taken, or of designating someone else to do so. The Honourable Mr. Henry, himself, or The Honourable M. Craig or The Honourable W. Gibson Gray — both also former Justices of this Court — as his designees, presided over the meetings of the Classes of Creditors, which took place during the period from January 11, 1993 to January 25, 1993. I have his Report as to the results of each of the meetings of creditors, and confirming that the meetings were duly convened and held pursuant to the provisions of the Court Orders pertaining to them and the [CCAA](#).

22 I am quite satisfied that there has been strict compliance with the statutory requirements of the [Companies' Creditors Arrangement Act](#).

Unauthorized conduct

23 I am also satisfied that nothing has been done or purported to have been done which is not authorized by the [CCAA](#).

24 Since May 14, the court has been called upon to make approximately 60 Orders of different sorts, in the course of exercising its supervisory function in the proceedings. These Orders involved the resolution of various issues between the creditors by the court in its capacity as "referee" of the negotiation process; they involved the approval of the "GAR" Orders negotiated between the parties with respect to the funding of O & Y's general and administrative expenses and restructuring costs throughout the "stay" period; they involved the confirmation of the sale of certain of the Applicants' assets, both upon the agreement of various creditors and for the purposes of funding the "GAR" requirements; they involved the approval of the structuring of Creditors' Committees, the classification of creditors for purposes of voting, the creation and defining of the role of "Information Officer" and, similarly, of the role of "Claims Officer". They involved the endorsement of the information circular respecting the Final Plan and the mailing and notice that was to be given regarding it. The Court's Orders encompassed, as I say, the general supervision of the negotiation and arrangement period, and the interim sanctioning of procedures implemented and steps taken by the Applicants and the creditors along the way.

25 While the court, of course, has not been a participant during the elaborate negotiations and undoubted boardroom brawling which preceded and led up to the Final Plan of Compromise, I have, with one exception, been the Judge who has made the orders referred to. No one has drawn to my attention any instances of something being done during the proceedings which is not authorized by the [CCAA](#).

26 In these circumstances, I am satisfied that nothing unauthorized under the [CCAA](#) has been done during the course of the proceedings.

27 This brings me to the criterion that the Plan must be "fair and reasonable".

Fair and reasonable

28 The Plan must be "fair and reasonable". That the ultimate expression of the Court's responsibility in sanctioning a Plan should find itself telescoped into those two words is not surprising. "Fairness" and "reasonableness" are, in my opinion, the two keynote concepts underscoring the philosophy and workings of the [Companies' Creditors Arrangement Act](#). "Fairness" is the quintessential expression of the court's equitable jurisdiction — although the jurisdiction is statutory, the broad discretionary powers given to the judiciary by the legislation make its exercise an exercise in equity — and "reasonableness" is what lends objectivity to the process.

29 From time to time, in the course of these proceedings, I have borrowed liberally from the comments of Mr. Justice Gibbs whose decision in *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.) contains much helpful guidance in matters of the CCAA. The thought I have borrowed most frequently is his remark, at p. 116, that the court is "called upon to weigh the equities, or balance the relative degrees of prejudice, which would flow from granting or refusing" the relief sought under the Act. This notion is particularly apt, it seems to me, when consideration is being given to the sanctioning of the Plan.

30 If a debtor company, in financial difficulties, has a reasonable chance of staving off a liquidator by negotiating a compromise arrangement with its creditors, "fairness" to its creditors as a whole, and to its shareholders, prescribes that it should be allowed an opportunity to do so, consistent with not "unfairly" or "unreasonably" depriving secured creditors of their rights under their security. Negotiations should take place in an environment structured and supervised by the court in a "fair" and balanced — or, "reasonable" — manner. When the negotiations have been completed and a plan of arrangement arrived at, and when the creditors have voted on it — technical and procedural compliance with the Act aside — the plan should be sanctioned if it is "fair and reasonable".

31 When a plan is sanctioned it becomes binding upon the debtor company and upon creditors of that company. What is "fair and reasonable", then, must be addressed in the context of the impact of the plan on the creditors and the various classes of creditors, in the context of their response to the plan, and with a view to the purpose of the CCAA.

32 On the appeal in *Re Northland Properties Ltd.*, *supra*, at p. 201, Chief Justice McEachern made the following comment in this regard:

... there can be no doubt about the purpose of the C.C.A.A. It is to enable compromises to be made for the common benefit of the creditors and of the company, particularly to keep a company in financial difficulties alive and out of the hands of liquidators. To make the Act workable, it is often necessary to permit a requisite majority of each class to bind the minority to the terms of the plan, but the plan must be fair and reasonable.

33 In *Re Alabama, New Orleans, Texas & Pacific Junction Railway Co.*, [1891] 1 Ch. at 231 (C.A.), a case involving a scheme and arrangement under the *Joint Stock Companies Arrangements Act, 1870* [(U.K.), 33 & 34 Vict., c. 104], Lord Justice Bowen put it this way, at p. 243:

Now, I have no doubt at all that it would be improper for the Court to allow an arrangement to be forced on any class of creditors, if the arrangement cannot reasonably be supposed by sensible business people to be for the benefit of that class as such, otherwise the sanction of the Court would be a sanction to what would be a scheme of confiscation. The object of this section is not confiscation ... Its object is to enable compromises to be made which are for the common benefit of the creditors as creditors, or for the common benefit of some class of creditors as such.

Again at p. 245:

It is in my judgment desirable to call attention to this section, and to the extreme care which ought to be brought to bear upon the holding of meetings under it. It enables a compromise to be forced upon the outside creditors by a majority of the body, or upon a class of the outside creditors by a majority of that class.

34 Is the Final Plan presented here by the O & Y Applicants "fair and reasonable"?

35 I have reviewed the Plan, including the provisions relating to each of the Classes of Creditors. I believe I have an understanding of its nature and purport, of what it is endeavouring to accomplish, and of how it proposes this be done. To describe the Plan as detailed, technical, enormously complex and all-encompassing, would be to understate the proposition. This is, after all, we are told, the largest corporate restructuring in Canadian — if not, worldwide — corporate history. It would be folly for me to suggest that I comprehend the intricacies of the Plan in all of its minutiae and in all of its business, tax and corporate implications. Fortunately, it is unnecessary for me to have that depth of understanding. I must only be satisfied that

the Plan is fair and reasonable in the sense that it is feasible and that it fairly balances the interests of all of the creditors, the company and its shareholders.

36 One important measure of whether a Plan is fair and reasonable is the parties' approval of the Plan, and the degree to which approval has been given.

37 As other courts have done, I observe that it is not my function to second guess the business people with respect to the "business" aspects of the Plan, descending into the negotiating arena and substituting my own view of what is a fair and reasonable compromise or arrangement for that of the business judgment of the participants. The parties themselves know best what is in their interests in those areas.

38 This point has been made in numerous authorities, of which I note the following: *Re Northland Properties Ltd.* (1988), 73 C.B.R. (N.S.) 175, at p. 184 (B.C.S.C.), affirmed (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 195, at p. 205 (B.C.C.A.); *Re Langley's Ltd.*, [1938] O.R. 123 (C.A.), at p. 129; *Re Keddy Motor Inns Ltd.* (1992), 13 C.B.R. (3d) 245; *École Internationale de Haute Esthétique Edith Serei Inc. (Receiver of) c. Edith Serei Internationale (1987) Inc.* (1989), 78 C.B.R. (N.S.) 36 (C.S. Qué.).

39 In *Re Keddy Motors Inns Ltd.*, *supra*, the Nova Scotia Court of Appeal spoke of "a very heavy burden" on parties seeking to show that a Plan is not fair and reasonable, involving "matters of substance", when the Plan has been approved by the requisite majority of creditors (see pp. 257-258). Freeman J.A. stated at p. 258:

The Act clearly contemplates rough-and-tumble negotiations between debtor companies desperately seeking a chance to survive and creditors willing to keep them afloat, but on the best terms they can get. What the creditors and the company must live with is a plan of their own design, not the creation of a court. The court's role is to ensure that creditors who are bound unwillingly under the Act are not made victims of the majority and forced to accept terms that are unconscionable.

40 In *École Internationale*, *supra* at p. 38, Dugas J. spoke of the need for "serious grounds" to be advanced in order to justify the court in refusing to approve a proposal, where creditors have accepted it, unless the proposal is unethical.

41 In this case, as Mr. Kennedy points out in his affidavit filed in support of the sanction motion, the final Plan is "the culmination of several months of intense negotiations and discussions between the applicants and their creditors, [reflects] significant input of virtually all of the classes of creditors and [is] the product of wide-ranging consultations, give and take and compromise on the part of the participants in the negotiating and bargaining process." The body of creditors, moreover, Mr. Kennedy notes, "consists almost entirely of sophisticated financial institutions represented by experienced legal counsel" who are, in many cases, "members of creditors' committees constituted pursuant to the amended order of May 14, 1992." Each creditors' committee had the benefit of independent and experienced legal counsel.

42 With the exception of the 8 classes of creditors that did not vote to accept the Plan, the Plan met with the overwhelming approval of the secured creditors and the unsecured creditors of the Applicants. This level of approval is something the court must acknowledge with some deference.

43 Those secured creditors who have approved the Plan retain their rights to realize upon their security at virtually any time, subject to certain requirements regarding notice. In the meantime, they are to receive interest on their outstanding indebtedness, either at the original contract rate or at some other negotiated rate, and the payment of principal is postponed for a period of 5 years.

44 The claims of creditors — in this case, secured creditors — who did not approve the Plan are specifically treated under the Plan as "unaffected claims" i.e. claims not compromised or bound by the provisions of the Plan. Section 6.2(C) of the Final Plan states that the applicants may apply to the court for a sanction Order which sanctions the Plan only insofar as it affects the classes which have agreed to the Plan.

45 The claims of unsecured creditors under the Plan are postponed for 5 years, with interest to accrue at the relevant contract rate. There is a provision for the administrator to calculate, at least annually, an amount out of OYDL's cash on hand which may

be made available for payment to the unsecured creditors, if such an amount exists, and if the court approves its payment to the unsecured creditors. The unsecured creditors are given some control over the transfer of real estate to O & Y Properties, and, at the end of the Plan period, are given the right, if they wish, to convert their debt to stock.

46 Faced with the prospects of recovering nothing on their claims in the event of a liquidation, against the potential of recovering something if O & Y is able to turn things around, the unsecured creditors at least have the hope of gaining something if the Applicants are able to become the "self-sustaining and viable corporation" which Mr. Kennedy predicts they will become "in accordance with the terms of the Plan."

47 Speaking as co-chair of the Unsecured Creditors' Committee at the meeting of that Class of Creditors, Mr. Ed Lundy made the following remarks:

Firstly, let us apologize for the lengthy delays in today's proceedings. It was truly felt necessary for the creditors of this Committee to have a full understanding of the changes and implications made because there were a number of changes over this past weekend, plus today, and we wanted to be in a position to give a general overview observation to the Plan.

The Committee has retained accounting and legal professionals in Canada and the United States. The Co-Chairs, as well as institutions serving on the Plan and U.S. Subcommittees with the assistance of the Committee's professionals have worked for the past seven to eight months evaluating the financial, economic and legal issues affecting the Plan for the unsecured creditors.

In addition, the Committee and its Subcommittees have met frequently during the CCAA proceedings to discuss these issues. Unfortunately, the assets of OYDL are such that their ultimate values cannot be predicted in the short term. As a result, the recovery, if any, by the unsecured creditors cannot now be predicted.

The alternative to approval of the CCAA Plan of arrangement appears to be a bankruptcy. The CCAA Plan of arrangement has certain advantages and disadvantages over bankruptcy. These matters have been carefully considered by the Committee.

After such consideration, the members have indicated their intentions as follows ...

Twelve members of the Committee have today indicated they will vote in favour of the Plan. No members have indicated they will vote against the Plan. One member declined to indicate to the committee members how they wished to vote today. One member of the Plan was absent. Thank you.

48 After further discussion at the meeting of the unsecured creditors, the vote was taken. The Final Plan was approved by 83 creditors, representing 93.26% of the creditors represented and voting at the meeting and 93.37% in value of the Claims represented and voting at the meeting.

49 As for the O & Y Applicants, the impact of the Plan is to place OYDL in the position of property manager of the various projects, in effect for the creditors, during the Plan period. OYDL will receive income in the form of management fees for these services, a fact which gives some economic feasibility to the expectation that the company will be able to service its debt under the Plan. Should the economy improve and the creditors not realize upon their security, it may be that at the end of the period there will be some equity in the properties for the newly incorporated O & Y Properties and an opportunity for the shareholders to salvage something from the wrenching disembodiment of their once shining real estate empire.

50 In keeping with an exercise of weighing the equities and balancing the prejudices, another measure of what is "fair and reasonable" is the extent to which the proposed Plan treats creditors equally in their opportunities to recover, consistent with their security rights, and whether it does so in as non-intrusive and as non-prejudicial a manner as possible.

51 I am satisfied that the Final Plan treats creditors evenly and fairly. With the "drop out" clause entitling secured creditors to realize upon their security, should they deem it advisable at any time, all parties seem to be entitled to receive at least what they would receive out of a liquidation, i.e. as much as they would have received had there not been a reorganization: See *Re NsC Diesel Power Inc.* (1990), 97 N.S.R. (2d) 295 (T.D.). Potentially, they may receive more.

52 The Plan itself envisages other steps and certain additional proceedings that will be taken. Not the least inconsiderable of these, for example, is the proposed GW reorganization and contemplated arrangement under the OBCA. These further steps and proceedings, which lie in the future, may well themselves raise significant issues that have to be resolved between the parties or, failing their ability to resolve them, by the Court. I do not see this prospect as something which takes away from the fairness or reasonableness of the Plan but rather as part of grist for the implementation mill.

53 For all of the foregoing reasons, I find the Final Plan put forward to be "fair and reasonable".

54 Before sanction can be given to the Plan, however, there is one more hurdle which must be overcome. It has to do with the legal question of whether there must be unanimity amongst the classes of creditors in approving the Plan before the court is empowered to give its sanction to the Plan.

Lack of unanimity amongst the classes of creditors

55 As indicated at the outset, all of the classes of creditors did not vote in favour of the Final Plan. Of the 35 classes that voted, 27 voted in favour (overwhelmingly, it might be added, both in terms of numbers and percentage of value in each class). In 8 of the classes, however, the vote was either against acceptance of the Plan or the Plan did not command sufficient support in terms of numbers of creditors and/or percentage of value of claims to meet the 50%/75% test of section 6.

56 The classes of creditors who voted against acceptance of the Plan are in each case comprised of secured creditors who hold their security against a single project asset or, in the case of the Carena claims, against a single group of shares. Those who voted "no" are the following:

Class 2 — First Canadian Place Lenders

Class 8 — Fifth Avenue Place Bondholders

Class 10 — Amoco Centre Lenders

Class 13 — L'Esplanade Laurier Bondholders

Class 20 — Star Top Road Lenders

Class 21 — Yonge-Sheppard Centre Lenders

Class 29 — Carena Lenders

Class 33a — Bank of Nova Scotia Other Secured Creditors

57 While [section 6 of the CCAA](#) makes the mathematics of the approval process clear — the Plan must be approved by at least 50% of the creditors of a particular class representing at least 75% of the dollar value of the claims in that class — it is not entirely clear as to whether the Plan must be approved by every class of creditors before it can be sanctioned by the court. The language of the section, it will be recalled, is as follows:

6. *Where a majority in number representing three-fourths in value of the creditors, or class of creditors ... agree to any compromise or arrangement ... the compromise or arrangement may be sanctioned by the court. (Emphasis added)*

58 What does "a majority ... of the ... class of creditors" mean? Presumably it must refer to more than one group or class of creditors, otherwise there would be no need to differentiate between "creditors" and "class of creditors". But is the majority of the "class of creditors" confined to a majority within an individual class, or does it refer more broadly to a majority within each and every "class", as the sense and purpose of the Act might suggest?

59 This issue of "unanimity" of class approval has caused me some concern, because, of course, the Final Plan before me has not received that sort of blessing. Its sanctioning, however, is being sought by the Applicants, is supported by all of the classes of creditors approving, and is not opposed by any of the classes of creditors which did not approve.

60 At least one authority has stated that strict compliance with the provisions of the CCAA respecting the vote is a prerequisite to the court having jurisdiction to sanction a plan: See *Re Keddy Motor Inns Ltd.*, *supra*, at p. 20. Accepting that such is the case, I must therefore be satisfied that unanimity amongst the classes is not a requirement of the Act before the court's sanction can be given to the Final Plan.

61 In assessing this question, it is helpful to remember, I think, that the CCAA is remedial and that it "must be given a wide and liberal construction so as to enable it to effectively serve this ... purpose": *Elan Corp. v. Comiskey*, *supra*, per Doherty J.A., at p. 307. Speaking for the majority in that case as well, Finlayson J.A. (Krever J.A., concurring) put it this way, at p. 297:

It is well established that the CCAA is intended to provide a structured environment for the negotiation of compromises between a debtor company and its creditors for the benefit of both. Such a resolution can have significant benefits for the company, its shareholders and employees. For this reason the debtor companies ... are entitled to a broad and liberal interpretation of the jurisdiction of the court under the CCAA.

62 Approaching the interpretation of the unclear language of section 6 of the Act from this perspective, then, one must have regard to the purpose and object of the legislation and to the wording of the section within the rubric of the Act as a whole. Section 6 is not to be construed in isolation.

63 Two earlier provisions of the CCAA set the context in which the creditors' meetings which are the subject of section 6 occur. Sections 4 and 5 state that where a compromise or an arrangement is proposed between a debtor company and its unsecured creditors (s. 4) or its secured creditors (s. 5), the court may order a meeting of the creditors to be held. The format of each section is the same. I reproduce the pertinent portions of s. 5 here only, for the sake of brevity. It states:

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 ... order a meeting of the creditors or class of creditors ... (Emphasis added)

64 It seems that the compromise or arrangement contemplated is one with the secured creditors (as a whole) or *any* class — as opposed to *all classes* — of them. A logical extension of this analysis is that, other circumstances being appropriate, the plan which the court is asked to approve may be one involving some, but not all, of the classes of creditors.

65 Surprisingly, there seems to be a paucity of authority on the question of whether a plan must be approved by the requisite majorities in *all* classes before the court can grant its sanction. Only two cases of which I am aware touch on the issue at all, and neither of these is directly on point.

66 In *Re Wellington Building Corp.*, [1934] O.R. 653 (S.C.), Mr. Justice Kingstone dealt with a situation in which the creditors had been divided, for voting purposes, into secured and unsecured creditors, but there had been no further division amongst the secured creditors who were comprised of first mortgage bondholders, second, third and fourth mortgagees, and lienholders. Kingstone J. refused to sanction the plan because it would have been "unfair" to the bondholders to have done so (p. 661). At p. 660, he stated:

I think, while one meeting may have been sufficient under the Act for the purpose of having all the classes of secured creditors summoned, it was necessary under the Act that they should vote in classes and that three-fourths of the value of *each class* should be obtained in support of the scheme before the Court could or should approve of it. (Emphasis added)

67 This statement suggests that unanimity amongst the classes of creditors in approving the plan is a requirement under the CCAA. Kingstone J. went on to explain his reasons as follows (p. 600):

Particularly is this the case where the holders of the senior securities' (in this case the bondholders') rights are seriously affected by the proposal, as they are deprived of the arrears of interest on their bonds if the proposal is carried through. It was never the intention under the act, I am convinced, to deprive creditors in the position of these bondholders of their right to approve as a class by the necessary majority of a scheme propounded by the company; otherwise this would permit the holders of junior securities to put through a scheme inimical to this class and amounting to confiscation of the vested interest of the bondholders.

68 Thus, the plan in *Re Wellington Building Corp.* went unsanctioned, both because the bondholders had unfairly been deprived of their right to vote on the plan as a class and because they would have been unfairly deprived of their rights by the imposition of what amounted to a confiscation of their vested interests as bondholders.

69 On the other hand, the Quebec Superior Court sanctioned a plan where there was a lack of unanimity in *Multidev Immobilia Inc. v. Société Anonyme Just Invest* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 91 (C.S. Que.). There, the arrangement had been accepted by all creditors except one secured creditor, Société Anonyme Just Invest. The company presented an amended arrangement which called for payment of the objecting creditor in full. The other creditors were aware that Just Invest was to receive this treatment. Just Invest, nonetheless, continued to object. Thus, three of eight classes of creditors were in favour of the plan; one, Bank of Montreal was unconcerned because it had struck a separated agreement; and three classes of which Just Invest was a member, opposed.

70 The Quebec Superior Court felt that it would be contrary to the objectives of the CCAA to permit a secured creditor who was to be paid in full to upset an arrangement which had been accepted by other creditors. Parent J. was of the view that the Act would not permit the Court to ratify an arrangement which had been refused by a class or classes of creditors (Just Invest), thereby binding the objecting creditor to something that it had not accepted. He concluded, however, that the arrangement could be approved *as regards the other creditors who voted in favour of the Plan*. The other creditors were cognizant of the arrangement whereby Just Invest was to be fully reimbursed for its claims, as I have indicated, and there was no objection to that amongst the classes that voted in favour of the Plan.

71 While it might be said that *Multidev, supra*, supports the proposition that a Plan will not be ratified if a class of creditors opposes, the decision is also consistent with the carving out of that portion of the Plan which concerns the objecting creditor and the sanctioning of the balance of the Plan, where there was no prejudice to the objecting creditor in doing so. To my mind, such an approach is analogous to that found in the Final Plan of the O & Y applicants which I am being asked to sanction.

72 I think it relatively clear that a court would not sanction a plan if the effect of doing so were to impose it upon a class, or classes, of creditors who rejected it and to bind them by it. Such a sanction would be tantamount to the kind of unfair confiscation which the authorities unanimously indicate is not the purpose of the legislation. That, however, is not what is proposed here.

73 By the terms of the Final Plan itself, the claims of creditors who reject the Plan are to be treated as "unaffected claims" not bound by its provisions. In addition, secured creditors are entitled to exercise their realization rights either immediately upon the "consummation date" (March 15, 1993) or thereafter, on notice. In short, even if they approve the Plan, secured creditors have the right to drop out at any time. Everyone participating in the negotiation of the Plan and voting on it, knew of this feature. There is little difference, and little different affect on those approving the Plan, it seems to me, if certain of the secured creditors drop out in advance by simply refusing to approve the Plan in the first place. Moreover, there is no prejudice to the eight classes of creditors which have not approved the Plan, because nothing is being imposed upon them which they have not accepted and none of their rights are being "confiscated".

74 From this perspective it could be said that the parties are merely being held to — or allowed to follow — their contractual arrangement. There is, indeed, authority to suggest that a Plan of compromise or arrangement is simply a contract between the debtor and its creditors, sanctioned by the court, and that the parties should be entitled to put anything into such a Plan that could be lawfully incorporated into any contract: See *Re Canadian Vinyl Industries Inc.* (1978), 29 C.B.R. (N.S.) 12 (C.S. Que.), at p. 18; L.W. Houlden & C.H. Morawetz, *Bankruptcy Law of Canada*, vol. 1 (Toronto: Carswell, 1984) pp. E-6 and E-7.

75 In the end, the question of determining whether a plan may be sanctioned when there has not been unanimity of approval amongst the classes of creditors becomes one of asking whether there is any unfairness to the creditors who have not approved it, in doing so. Where, as here, the creditors classes which have not voted to accept the Final Plan will not be bound by the Plan as sanctioned, and are free to exercise their full rights as secured creditors against the security they hold, there is nothing unfair in sanctioning the Final Plan without unanimity, in my view.

76 I am prepared to do so.

77 A draft Order, revised as of late this morning, has been presented for approval. It is correct to assume, I have no hesitation in thinking, that each and every paragraph and subparagraph, and each and every word, comma, semi-colon, and capital letter has been vigilantly examined by the creditors and a battalion of advisors. I have been told by virtually every counsel who rose to make submissions, that the draft as is exists represents a very "fragile consensus", and I have no doubt that such is the case. It's wording, however, has not received the blessing of three of the classes of project lenders who voted against the Final Plan — The First Canadian Place, Fifth Avenue Place and L'Esplanade Laurier Bondholders.

78 Their counsel, Mr. Barrack, has put forward their serious concerns in the strong and skilful manner to which we have become accustomed in these proceedings. His submission, put too briefly to give it the justice it deserves, is that the Plan does not and cannot bind those classes of creditors who have voted "no", and that the language of the sanctioning Order should state this clearly and in a positive way. Paragraph 9 of his Factum states the argument succinctly. It says:

9. It is submitted that if the Court chooses to sanction the Plan currently before it, it is incumbent on the Court to make clear in its Order that the Plan and the other provisions of the proposed Sanction Order apply to and are binding upon only the company, its creditors in respect of claims in classes which have approved the Plan, and trustees for such creditors.

79 The basis for the concern of these "No" creditors is set out in the next paragraph of the Factum, which states:

10. This clarification in the proposed Sanction Order is required not only to ensure that the Order is only binding on the parties to the compromises but also to clarify that if a creditor has multiple claims against the company and only some fall within approved classes, then the Sanction Order only affects those claims and is not binding upon and has no effect upon the balance of that creditor's claims or rights.

80 The provision in the proposed draft Order which is the most contentious is paragraph 4 thereof, which states:

4. THIS COURT ORDERS that subject to paragraph 5 hereof the Plan be and is hereby sanctioned and approved and will be binding on and will enure to the benefit of the Applicants and the Creditors holding Claims in Classes referred to in paragraph 2 of this Order in their capacities as such Creditors.

81 Mr. Barrack seeks to have a single, but much debated word — "only" — inserted in the second line of that paragraph after the word "will", so that it would read "and will *only* be binding on the Applicants and the Creditors Holding Claims in Classes" [which have approved the Plan]. On this simple, single, word, apparently, the razor-thin nature of the fragile consensus amongst the remaining creditors will shatter.

82 In the alternative, Mr. Barrack asks that para. 4 of the draft be amended and an additional paragraph added as follows:

35. It is submitted that to reflect properly the Court's jurisdiction, paragraph 4 of the proposed Sanction Order should be amended to state:

4. This Court Orders that the Plan be and is hereby sanctioned and approved and is binding only upon the Applicants listed in Schedule A to this Order, creditors in respect of the claims in those classes listed in paragraph 2 hereof, and any trustee for any such class of creditors.

36. It is also submitted that an additional paragraph should be added if any provisions of the proposed Sanction Order are granted beyond paragraph 4 thereof as follows:

This Court Orders that, except for claims falling within classes listed in paragraph 2 hereof, no claims or rights of any sort of any person shall be adversely affected in any way by the provisions of the Plan, this Order or any other Order previously made in these proceedings.

83 These suggestions are vigorously opposed by the Applicants and most of the other creditors. Acknowledging that the Final Plan does not bind those creditors who did not accept it, they submit that no change in the wording of the proposed Order is necessary in order to provided those creditors with the protection to which they say they are entitled. In any event, they argue, such disputes, should they arise, relate to the interpretation of the Plan, not to its sanctioning, and should only be dealt with in the context in which they subsequently arise — if arise they do.

84 The difficulty is that there may or may not be a difference between the order "binding" creditors and "affecting" creditors. The Final Plan is one that has specific features for specific classes of creditors, and as well some common or generic features which cut across classes. This is the inevitable result of a Plan which is negotiated in the crucible of such an immense corporate re-structuring. It may be, or it may not be, that the objecting Project Lenders who voted "no" find themselves "affected" or touched in some fashion, at some future time by some aspect of the Plan. With a re-organization and corporate re-structuring of this dimension it may simply not be realistic to expect that the world of the secured creditor, which became not-so-perfect with the onslaught of the Applicants' financial difficulties, and even less so with the commencement of the CCAA proceedings, will ever be perfect again.

85 I do, however, agree with the thrust of Mr. Barrack's submissions that the Sanction Order and the Plan can be binding only upon the Applicants and the creditors of the Applicants in respect of claims in classes which have approved the Plan, and trustees for such creditors. That is, in effect, what the Final Plan itself provides for when, in section 6.2(C), it stipulates that, where classes of creditors do not agree to the Plan,

(i) the Applicants shall treat such Class of Claims to be an Unaffected Class of Claims; and,

(ii) the Applicants *shall* apply to the Court "for a Sanction Order which sanctions the Plan *only insofar as it affects the Classes which have agreed to the Plan.*

86 The Final Plan before me is therefore sanctioned on that basis. I do not propose to make any additional changes to the draft Order as presently presented. In the end, I accept the position, so aptly put by Ms. Caron, that the price of an overabundance of caution in changing the wording may be to destroy the intricate balance amongst the creditors which is presently in place.

87 In terms of the court's jurisdiction, section 6 directs me to sanction the Order, if the circumstances are appropriate, and enacts that, once I have done so, the Order "is binding ... on all the creditors or the class of creditors, as the case may be, and on any trustee for any such class of creditors ... and on the company". As I see it, that is exactly what the draft Order presented to me does.

88 Accordingly, an order will go in terms of the draft Order marked "revised Feb. 5, 1993", with the agreed amendments noted thereon, and on which I have placed my fiat.

89 These reasons were delivered orally at the conclusion of the sanctioning Hearing which took place on February 1 and February 5, 1993. They are released in written form today.

Application allowed.

APPENDIX "A" — Counsel for Sanctioning Hearing Order

David A. Brown, Q.C., -- For the Olympia & York
Yoine Goldstein, Q.C., Applicants
Stephen Sharpe and

Mark E. Meland	
Ronald N. Robertson, Q.C.	-- For Hong Kong & Shanghai Banking Corporation
David E. Baird, Q.C., and Ms Patricia Jackson	-- For Bank of Nova Scotia
Michael Barrack and S. Richard Orzy	-- For the First Canadian Place Bondholders, the Fifth Avenue Place Bondholders and the L'Esplanade Lauriere Bondholders
William G. Horton	-- For Royal Bank of Canada
Peter Howard and Ms J. Superina	-- For Citibank Canada
Frank J. C. Newbould, Q.C.	-- For the Unsecured/Under- Secured Creditors Committee
John W. Brown, Q.C., and J.J. Lucki	-- For Canadian Imperial Bank of Commerce
Harry Fogul and Harold S. Springer	-- For the Exchange Tower Bondholders
Allan Sternberg and Lawrence Geringer	-- For the O & Y Eurocreditco Debenture Holders
Arthur O. Jacques and Paul M. Kennedy	-- For Bank of Nova Scotia, Agent for Scotia Plaza Lenders
Lyndon Barnes and J.E. Fordyce	-- For Credit Lyonnais, Credit Lyonnais Canada
J. Carfagnini	-- For National Bank of Canada
J.L. McDougall, Q.C.	-- For Bank of Montreal
Carol V.E. Hitchman	-- For Bank of Montreal (Phase I First Canadian Place)
James A. Grout	-- For Credit Suisse
Robert I. Thornton	-- For I.B.J. Market Security Lenders
Ms C. Carron	-- For European Investment Bank
W.J. Burden	-- For some debtholders of O & Y Commercial Paper II Inc.
G.D. Capern	-- For Robert Campeau
Robert S. Harrison and A.T. Little	-- For Royal Trust Co. as Trustee

TAB 15

CITATION: Pacific Exploration & Production Corporation (Re), 2016 ONSC 5429
COURT FILE NO.: CV-16-11363-00CL
DATE: 20160829

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

COMMERCIAL LIST

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES'*) *Tony Reyes, Virginie Gauthier, Alexander*
CREDITORS ARRANGEMENT ACT,) *Schmitt, and Orestes Pasparakis, for the*
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED) Applicants
)
AND IN THE MATTER OF A PLAN OF) *John Finnigan and Rebecca Kennedy, for the*
COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF) Monitor, PricewaterhouseCoopers Inc.
PACIFIC EXPLORATION &)
PRODUCTION CORPORATION,) *Scott Bomhof and Lily Coodin, for Bank of*
PACIFIC E&P HOLDINGS CORP., META) America, Agent for certain Bank Lenders
PETROLEUM CORP., PACIFIC)
STRATUS INTERNATIONAL ENERGY) *Brendan O'Neill, Celia Rhea, and Ryan*
LTD., PACIFIC STRATUS ENERGY) *Baulke, for the Ad Hoc Committee*
COLOMBIA CORP., PACIFIC STRATUS)
ENERGY S.A., PACIFIC OFF SHORE) *Timothy Pinos and Joseph Bellissimo, for the*
PERU S.R.L., PACIFIC RUBIALES) Shareholder Consortium
GUATEMALA S.A., PACIFIC)
GUATEMALA ENERGY CORP., PRE-) *Jennifer Whincup, for BNY Mellon*
PSIE COÖPERATIF U.A.,)
PETROMINERALES COLOMBIA CORP.,) *Michael Rotsztain, for Wilmington Trust,*
and GRUPO C&C ENERGIA) N.A. & Bank Syndicate
(BARBADOS) LTD.)
)
Applicants) *Caitlin Fell and Andy Kent, for the Plan*
) Sponsor, The Catalyst Capital Group Inc.
)
) *Mark Gelowitz, for the Independent*
) Committee
)
) *John Salmas for Blackhill Advisors, CRO*
)
) *George Michailopoulos, unrepresented*
) shareholder
)
) **HEARD:** August 23, 2016

HAINES J.

REASONS FOR JUDGMENT

Background

[1] The applicants seek an order (the “Plan Sanction Order”)¹:

(a) sanctioning the applicants’ Plan of Compromise and Arrangement dated June 27, 2016, as amended to August 17, 2016 (the “Plan”) pursuant to the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended (the “CCAA”); and

(b) extending the Stay Period to and including October 31, 2016.

[2] According to the applicants, the Plan and the restructuring of Pacific Exploration & Production Corporation (“Pacific”) and its subsidiaries (“Pacific Group”) to be implemented thereby (the “Restructuring Transaction”) results from significant efforts by the applicants to achieve a resolution of their financial condition. If implemented, the Restructuring Transaction will reduce Pacific’s indebtedness by approximately US \$5.1 billion, reduce its annual interest expense by approximately US \$258 million and leave the US \$250 million of Exit Notes as the only long-term debt in Pacific’s capital structure other than facilities to support letters of credit or oil and gas hedging. The Plan will maintain Pacific Group as a going concern for the benefit of all stakeholders, preserving employment and economic activity in the many communities in which it operates.

[3] The applicants and their boards of directors believe that the Restructuring Transaction achieves the best possible outcome for the Pacific Group and its stakeholders in the circumstances and achieves results that are not attainable under any other scenario.

[4] The Plan is supported by the Catalyst Capital Group Inc., the Plan Sponsor, the Ad Hoc Committee, the Consenting Lenders, the other parties to the Support Agreement (who together with the Ad Hoc Committee and supporting Bank Lenders, hold approximately 84% by value of all Bank Claims and Noteholder Claims) and the Monitor.

[5] At a creditors’ meeting held on August 17, 2016, the Plan was approved by 98.4% (by number) and 97.2% (by dollar value) of Affected Creditors voting in person or by proxy at the meeting.

[6] The Monitor supports the sanctioning of the Plan and believes it is fair and reasonable and that it represents the best option available to the Pacific Group and the Affected Creditors.

¹ I have used the same defined terms in my reasons for judgment as are contained in the applicants’ factum.

[7] For these reasons the applicants submit that the Plan should be sanctioned pursuant to s. 6 of the CCAA.

Adjournment Request

[8] On August 16, 2016, one week before the scheduled hearing of this motion, a group of stakeholders (the “Shareholder Consortium”) put forward a recapitalization and refinancing proposal (the “Alternative Proposal”) which the Shareholder Consortium submits provides the applicants and its stakeholders with a superior alternative to the Plan sought to be sanctioned on this motion.

[9] The applicants disagree that the Alternative Proposal is superior to the Plan and have formally rejected it.

[10] The Shareholder Consortium requested that I adjourn the motion to permit further consideration of the Alternative Proposal.

[11] The applicants and all other interested parties and stakeholders appearing on the motion strongly opposed the adjournment request and characterized it as a “last minute effort to de-rail the Restructuring Transaction”.

[12] I agree with this characterization of the Alternative Proposal. There was a process in place to obtain proposals that contained a clear timetable for the submission of proposals which the Shareholder Consortium was well aware of. This last minute Alternative Proposal ignores the timelines that have been in place for many months. Further, the Alternative Proposal has been considered and rejected by the applicants. The adjournment request is denied because I am satisfied that the Plan, which results from extraordinary efforts by the applicants and the other interested parties to arrive at the best result for the Pacific Group and its stakeholders, should not be de-railed at this late stage of the process by the Shareholder Consortium’s Alternative Proposal.

Issues

[13] I must decide the following issues:

- a) Should the Plan be sanctioned?
- b) Should the third party releases be approved?
- c) Should there be a stay of proceedings in favour of the other Non-Applicant parties?
- d) Should the Stay Period be extended to October 31, 2016?

Should the Plan be sanctioned?

[14] Section 6 of the *CCAA* provides that a compromise or arrangement is binding on a debtor company and all of its creditors if a majority in number, representing two-thirds in value of the creditors present and voting at a meeting of creditors, approve the compromise or arrangement and the compromise or arrangement has been sanctioned by the court.

[15] Pacific's Affected Creditors, in both number and value, voted in favour of the Plan thereby satisfying the first requirement of s. 6 of the *CCAA*. The Monitor has confirmed that 98.4% in number and 97.2% in value of the Affected Creditors voted in favour of the Plan.

[16] As the voting requirement under s. 6 of the *CCAA* has been satisfied, I must determine whether to approve and sanction the Plan.

[17] The criteria I must consider in determining whether to sanction a *CCAA* plan are as follows:

- a) There must be strict compliance with all statutory requirements;
- b) All materials filed and procedures carried out must be examined to determine if anything has been done or purported to have been done which is not authorized by the *CCAA*; and
- c) The plan must be fair and reasonable.

[18] I am satisfied on the record before me that there has been strict compliance with the statutory requirements of the *CCAA*.

[19] I am also satisfied that throughout the course of these proceedings the applicants have acted in good faith and with due diligence and they have strictly complied with the requirements of the *CCAA* and the orders of this Court. This is confirmed in the reports of the Monitor.

[20] I have concluded that the Plan is fair and reasonable because it represents a reasonable and fair balancing of the interests of all parties in light of the other commercial alternatives available. In assessing the Plan's fairness and reasonableness I am guided by the objectives of the *CCAA* which are "to enable compromises to be made for the common benefit of the creditors and of the company, particularly to keep a company in financial difficulties alive and out of the hands of liquidators". Reorganization, if commercially feasible, is in most cases preferable to liquidation.

[21] The factors that I have considered in concluding that the Plan is fair and reasonable include the following:

- a) The claims were properly classified pursuant to s. 22 of the *CCAA*;

- b) The Plan received overwhelming support from the applicants' creditors;
- c) The Monitor is of the view that the applicants' creditors would be worse off if the Plan is not sanctioned;
- d) The Plan appears to be the best alternative available under the current circumstances;
- e) There is no oppression of the rights of the applicants' creditors under the Plan;
- f) Since the applicants' creditors are not being paid in full there is no unfairness to the applicants' shareholders. Their treatment is consistent with the provisions of the CCAA;
- g) The Plan is in the public interest as it continues the Pacific Group as a going-concern thereby preserving employment for thousands of people and generating economic activity in the many local communities in which it operates.

[22] For all of these reasons I am satisfied that the Plan should be sanctioned.

Should the third party releases be approved?

[23] It is well established that courts have jurisdiction to sanction plans pursuant to the CCAA that contain releases in favour of third parties. Courts will generally approve third party releases in the context of plans of arrangement where the releases are rationally tied to the resolution of the debtor's claims and will benefit creditors generally. I am satisfied in this case that the third party releases should be approved. In arriving at this conclusion I have considered the following factors:

- a) Whether the parties to be released from claims are necessary to the Restructuring Transaction;
- b) Whether the claims released are rationally connected to the purpose of the Plan and necessary for it to succeed;
- c) Whether the Plan would fail without the releases;
- d) Whether the third parties being released contributed in a tangible and realistic way to the Plan;
- e) Whether the releases benefit the debtors as well as the creditors generally;
- f) Whether the creditors who voted on the Plan had knowledge of the nature and effect of the releases; and
- g) Whether the releases are fair and reasonable and not overly broad.

[24] The releases were negotiated as part of the overall framework of the compromises contained in the Plan. They facilitate the successful completion of the Plan and the Restructuring Transaction. The releases are a significant part of the various compromises that were required to achieve the Plan and are a necessary element of the global consensual restructuring of the applicants. The releases are therefore rationally related to the purpose of the Plan and are necessary for the successful restructuring of the applicants. They were also well-publicized and there does not appear to be any objections to them.

[25] For these reasons the third party releases are approved.

Should there be a stay of proceedings of the other Non-Applicant parties?

[26] Section 11 of the CCAA provides the court with authority to impose a stay of proceedings with respect to non-applicant parties. In determining whether to grant the Non-Applicant Stay requested I must be satisfied that it is fair and reasonable in the circumstances. I am satisfied that I should grant the Non-Applicant Stay for the following reasons:

- a) A significant portion of the value of the Pacific Group is held in the Non-Applicants and their business and operations are significantly intertwined and integrated with those of the applicants.
- b) The exercise of the rights stayed by the Non-Applicant Stay which arise out of the applicants' insolvency or the implementation of the Plan would have a negative impact on the applicants' ability to restructure, potentially jeopardizing the success of the Plan and the continuance of the Pacific Group;
- c) The granting of the Non-Applicant Stay is a condition of the Plan. If the applicants are prevented from concluding a successful restructuring with their creditors, the economic harm would be far-reaching and significant;
- d) Failure of the Plan would be even more harmful to customers, suppliers, landlords and other counterparties whose rights would otherwise be stayed under the Non-Applicant Stay; and
- e) If the Plan is approved, the applicants will continue to operate for the benefit of all of their stakeholders, and their stakeholders will retain all of their remedies in the event of future breaches by the applicants or breaches that are not related to the released claims.

[27] For these reasons the Non-Applicant Stay is granted.

Should the stay period be extended to October 31, 2016?

[28] The applicants have requested an extension of the stay period until and including October 31, 2016. The applicants anticipate that this extension will give them sufficient time to complete

all of the transactions, documents and steps required to implement the Plan and to emerge successfully from these CCAA proceedings.

[29] I am satisfied that under the circumstances the stay extension requested is appropriate. I am prepared to grant the requested stay extension for the following reasons:

- a) The applicants have made substantial progress towards completion of the Restructuring Transaction;
- b) The applicants require the ongoing benefit of the stay proceedings in order to complete the CCAA proceedings including the implementation of the Plan;
- c) The applicants intend to implement the Plan as expeditiously as possible;
- d) The requested extension is not overly lengthy and avoids the additional time and expense that would be incurred if the applicants are required to return to court in the interim;
- e) The applicants' cash flow forecast projects that they will have access to all necessary financing during the extended stay period;
- f) The applicants have acted in good faith and with due diligence towards the completion of the Restructuring Transaction and the implementation of the Plan; and
- g) The Monitor, the Ad Hoc Committee, the steering committee of Bank Lenders and the Plan Sponsor all support the requested stay extension.

[30] A stay is therefore granted up to and including October 31, 2016.

Conclusion

[31] For the reasons outlined above the applicants' motion is granted.

[32] It should be noted that the parties to the Restructuring Support Agreement reserve whatever rights they may have under that agreement following the sanction of the Plan. Nothing contained in the orders granted today, or s. 6.3 (a) of the Indemnity Agreement approved thereby, is a determination of what those rights may be.

HAINES J.

Released: August 29, 2016

CITATION: Pacific Exploration & Production Corporation (Re), 2016 ONSC 5429
COURT FILE NO.: CV-16-11363-00CL
DATE: 20160829

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF
COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF PACIFIC
EXPLORATION & PRODUCTION CORPORATION,
PACIFIC E&P HOLDINGS CORP., META
PETROLEUM CORP., PACIFIC STRATUS
INTERNATIONAL ENERGY LTD., PACIFIC
STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP., PACIFIC
STRATUS ENERGY S.A., PACIFIC OFF SHORE
PERU S.R.L., PACIFIC RUBIALES GUATEMALA
S.A., PACIFIC GUATEMALA ENERGY CORP.,
PRE-PSIE COÖPERATIF U.A., PETROMINERALES
COLOMBIA CORP., and GRUPO C&C ENERGIA
(BARBADOS) LTD.

Applicants

REASONS FOR JUDGMENT

HAINES J.

Released: August 29, 2016

TAB 16

CITATION: Re Green Relief Inc.
2020 ONSC 6837
COURT FILE NO.: CV-20-00639217-00CL
DATE: 20201109

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO
(COMMERCIAL LIST)

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF **GREEN RELIEF INC.** (the “**Applicant**”)

BEFORE: Koehnen J.

COUNSEL: *C Robert I. Thornton, Rebecca L. Kennedy, Mitchell Grossell*, for the Applicant
Peter Osborne, Christopher Yung for the directors Neilank Jha, Tony Battaglia, Brian Ranson,
Christopher McNamara and Stephen Massel.

Mark Abradjian for Tony Battaglia in his capacity as shareholder and creditor

David Ward for 2650064 Ontario Inc.

Alex Henderson for Susan Basmaji

Gavin Finlayson for Auxley Cannabis Group Inc. and Kolab Project Inc.

Anton Granic on his own behalf

Rory McGovern, for Steve LeBlanc

Alan Dick and Adrienne Boudreau for Thomas Saunders

Steven Weisz and Amanda McInnis for Lyn Mary Bravo

Brian Duxbury for Warren Bravo

Alex Henderson for Susan Basmaji

Robert Kennaley, Joshua W. Winter for Henry Schilthuis and Mark Lloyd

Danny Nunes, for the Monitor

HEARD: November 2 and 3, 2020

ENDORSEMENT

- [1] The Applicant, Green Relief Inc., seeks an order approving a transaction for the sale of its assets in the course of a proceeding under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended (the "CCAA"). The sale transaction is generally not contested. Certain stakeholders do however, take issue with the release that the approval and vesting order purports to grant in favour of certain releasees as a condition precedent to the sale. For ease of reference, I refer to Green Relief alternatively by its name, as the Applicant or as the Company in these reasons.
- [2] For the reasons set out below, I:
- a. Approve the sales transaction as Green Relief seeks, including the release. There is substantial difference of opinion on the proper interpretation of the release. It is not appropriate to interpret the release in a vacuum. It is preferable to do so on the basis of concrete circumstances which might present themselves if and when any claim is brought that implicates the release. I will however remain seized of the interpretation of the release. If any claim arises that calls for interpretation of the release, including an interpretation of any available insurance coverage, that issue must be brought before me for determination.
 - b. Temporarily lift the stay of proceedings until 12:01 a.m. November 27, 2020 to permit the filing of claims that might attract insurance coverage the that the release refers to.
 - c. Decline to extend the benefit of the release to Susan Basmaji.

I. The Sale Transaction

- [3] Green Relief seeks approval of the sale of certain assets to 2650064 Ontario Inc. (265 Co.) (the "Transaction"). As a result of the proposed transaction, 265 Co. will acquire new common shares of Green Relief in a sufficient quantity to reduce the holdings of existing shareholders to fractional shares which would be cancelled on the close of the transaction. On closing, Residual Co. will be established and added as an applicant to the CCAA proceeding. In effect, all obligations and liabilities of Green Relief will be transferred to Residual Co.
- [4] 265 Co. will pay \$5,000,000 for the common shares. Approximately \$1,500,000 of that is an operating loan with the balance being available for creditors. In addition, 265 Co. will

pay Residual Co. up to \$7,000,000 as an earn out during the first two fiscal years following closing. The earn out is based on a payment of 25% of annual EBITDA above \$5,000,000.

- [5] Section 36(3) of the CCAA provides that, when deciding whether to authorize a sale of assets, the court should consider, among other things:
- (a) whether the process leading to the proposed sale or disposition was reasonable in the circumstances;
 - (b) whether the Monitor approved the process leading to the proposed sale;
 - (c) whether the Monitor filed with the court a report stating that in its opinion the sale or disposition would be more beneficial to the creditors than a sale or disposition under a bankruptcy;
 - (d) the extent to which creditors were consulted;
 - (e) the effects of the proposed sale or distribution on the creditors and other interested parties; and
 - (f) whether the consideration to be received for the assets is reasonable and fair, taking into account their market value.
- [6] These factors are consistent with the principles set out in *Royal Bank v. Soundair Corp.* 1991 CanLII 2727 (ON CA) at para. 16 for the approval of a sales transaction.
- [7] I am satisfied that the principles of *Soundair* and the factors set out in section 36 (3) of the CCAA have been met here.
- [8] The process leading to the Transaction was reasonable in the circumstances. While there was no formal sale and investor solicitation process, the transaction was the culmination of a seven-month long Notice of Intention and CCAA proceeding. The proceeding involved vigorously competing stakeholders and a competitive bidding process between interested purchasers. The competing stakeholder groups had ample opportunity to bring the business to the attention of potential purchasers. I am satisfied that there was ample information available and ample time for stakeholders to participate in the purchase process or bring the purchase to the attention of market players who may be interested in acquiring Green Relief. The Monitor approved the process and the Transaction. The Monitor notes that its liquidation analysis demonstrates that the Transaction is preferable to a bankruptcy. While creditors were not formally consulted on the process, they had ample information about it as a result of the ongoing CCAA proceeding. Creditors appeared at the various hearings. At times they made submissions in favour of an alternative bid, which submissions I gave effect to. The creditors who have made submissions before me on this motion approve of the Transaction and the release. No creditors ever objected to the process that was being followed. The Transaction makes funds available for creditors and is the best transaction available.

- [9] No one opposes the Transaction. Those who spoke in opposition on the motion did not oppose the Transaction but opposed only the release.

II. The Release

- [10] The release is opposed by the founders of Green Relief, Steven Leblanc, Warren Bravo and Lynn Bravo. They are supported on this motion by three other shareholders, Thomas Saunders, Henry Schilthuis and Mark Lloyd. For ease of reference, I will refer to those who oppose the release as the Objectors.
- [11] There is a long, bitter history of litigation and threats of litigation between the founders, the existing board and Green Relief's approximately 700 other shareholders.
- [12] The Objectors argue that I should reject the release because:
- (i) It was improper to include it as a condition precedent to the Transaction.
 - (ii) I have no jurisdiction to approve the release.
 - (iii) The release fails to meet the test set out in case law concerning releases.
 - (iv) The release is too broad in scope.

(i) Release as a Condition Precedent

- [13] The Objectors note that the term sheet that preceded this motion and that I approved, did not contain any releases, let alone as a condition precedent to a transaction. Mr. Leblanc says he did not oppose the term sheet because it did not refer to releases. As negotiations towards a final agreement developed, the Company and the Monitor advised that Green Relief would be bringing a motion to approve releases. When the issue of a motion to approve releases arose, 265 Co. advised that it was agnostic about releases and that the releases were not theirs to give or ask for. The Objectors note that, instead of a motion to approve a release, Green Relief presented a transaction that contains a release as a condition precedent. The Objectors submit that the court should not be strong-armed in this fashion.
- [14] Both Green Relief and the Monitor did advise the court they would be bringing a motion to seek permission to include a release in the Transaction. It is certainly preferable for parties to live by representations they make to the court rather than represent one thing and do another. There is no evidence before me about how the release came to be a condition precedent in the transaction. 265 Co. made no representations in support of the release although it wants the Transaction to be approved. I infer from 265 Co.'s submissions that it does not care about the release and that the release was inserted at the insistence of others.

[15] That certain parties have characterized the release as a condition precedent, is irrelevant to my analysis. Given that Green Relief and the Monitor represented to the court that they would be seeking the court's approval for any release, I will hold them to that representation. I do not feel in any way constrained to accept or reject the release simply because it has been included as a condition precedent. I consider myself free to approve the Transaction with or without the release.

(ii) Jurisdiction to Grant Release

[16] The Objectors submit that I have no jurisdiction to grant the release because the wording of the CCAA does not permit it on the facts of this case.

[17] The Objectors begin their analysis with section 5.1 (1) of the CCAA which provides:

5.1 (1) **A compromise or arrangement** made in respect of a debtor company **may include** in its terms provision for the **compromise of claims against directors** of the company **that arose before the commencement of proceedings under this Act** and that relate to the obligations of the company where the directors are by law liable in their capacity as directors for the payment of such obligations (emphasis added).

[18] The Objectors note that the section contains two qualifications. First it provides that a compromise or arrangement may include a release. Second, it limits the release to pre-filing claims

[19] The Objectors note that the cases to which Green Relief points for the authority to grant a release address the release at the same time as the plan is being approved. Here, there is no plan to approve yet.

[20] The Objectors submit that the distinction is significant because a plan is only approved after a claims process, negotiation for a plan, a meeting approving the plan and a two thirds majority vote in favour of the plan. Those steps are important in their view because they refine the claims against the company and ascertain the value of those claims.

[21] Green Relief has not yet conducted a claims process or proposed a plan. Instead, the objective is to complete the Transaction, put \$3,500,000 into Residual Co. and conduct a claims process once Residual Co. has been funded.

[22] Green Relief has not yet decided whether it will address litigation claims inside or outside the CCAA claims process.

- [23] While the presence of a plan is relevant to the approval of releases for the reasons the Objectors cite, I do not agree that the absence of a plan deprives the court of jurisdiction to approve a release.
- [24] The primary advantage of approving a release on a plan approval is that it gives creditors better insight into the parameters of the plan they are being asked to approve. The interests of creditors are a prime consideration in any step of a CCAA proceeding. While the creditors have not approved a plan here, they have had the opportunity to make submissions throughout the process. They availed themselves of that opportunity. In large part I acceded to their requests as the primary beneficiaries of any plan. When certain creditors asked me to allow the Company to pursue a transaction other than one that 265 Co. was proposing at the time, I did so. When that possibility did not materialize, they spoke in favour of newer 265 Co. proposals and now speak in favour of Transaction and the proposed release. They favour the release because it maximizes the size of the estate available for distribution amongst creditors.
- [25] Returning the language of s. 5.1 (1), it is drafted permissively. It does not limit the overall jurisdiction of the court under section 11 of the CCAA to make any order that it considers appropriate in the circumstances.
- [26] At least one other court has approved a release in the absence of a plan and in the face of opposition to the release: *Re Nemaska Lithium Inc.* 2020 QCCS 3218 where Gouin J. noted that the carveout provided by s. 5.1 (2) of the CCAA adequately protected the shareholders who opposed the release.

(iii) The Test for a Release

- [27] In *Lydian International Limited (Re)* 2020 ONSC 4006 at paragraph 54, Morawetz J. (as he then was) summarized the factors relevant to the approval of releases in CCAA proceedings as including the following:
- (a) Whether the claims to be released are rationally connected to the purpose of the plan;
 - (b) Whether the plan can succeed without the releases;
 - (c) Whether the parties being released contributed to the plan;
 - (d) Whether the releases benefit the debtors as well as the creditors generally;
 - (e) Whether the creditors voting on the plan have knowledge of the nature and the effect of the releases; and
 - (f) Whether the releases are fair, reasonable and not overly-broad.

- [28] As in most discretionary exercises, it is not necessary for each of the factors to apply in order for the release to be granted: *Target Canada Co., Re*, endorsement of Morawetz J. (as he then was) at p. 14. Some factors may assume greater weight in one case than another.
- [29] In this case, I would add to these factors an additional factor, the quality of the claims the Objectors wish to maintain. While this may already be implicit in some of the considerations set out in *Lydian*, it warrants separate identification on the facts of the case before me.
- [30] The Objectors argue vigorously that this is not the stage to assess the strength of any potential action against proposed defendants or the size of damage claims available against them. I agree. At the same time, however, the court should not entirely ignore the nature of the proposed claim. If the court is being asked to release claims, it is helpful to know what is being released. The court's impression of the nature of the claim is a relevant factor to consider when determining whether releases should be granted. I do not think it would be advisable to lay down a precise definition of the quality of claim required to determine whether releases should or should not be granted nor would I described this as a threshold test to grant or deny the release. It is more of a directional or qualitative factor to consider in deciding whether to grant a release rather than a precise legal test. The stronger a claim appears, the less likely a court may be to grant a release. The thinner and more speculative a claim, the more likely a court may be to grant a release.

The Quality of the Claims being Released

- [31] As noted earlier, the principal Objectors are the founders of Green Relief Steven Leblanc, Warren Bravo and Lynn Bravo. Relations between the founders on the one hand and the existing board and other shareholders are poisoned.
- [32] On the motion before me, shareholders spoke out against the founders and made submissions to the effect that the release should not preclude any claims by shareholders against the founders. Those shareholders see themselves as having been deprived of their entire investment, in some cases their life savings, because of alleged misrepresentations or improper transactions by the founders. None of those allegations are before me. I raise them only to set the highly litigious context in which the release arises. The release does not propose to release claims against the founders but only releases claims against current directors, Green Relief's legal counsel, the Monitor and its legal counsel.
- [33] This proceeding has been highly litigious from the outset, particularly in light of the relatively modest size of the estate at issue. It has been marred by litigation over who is a shareholder, who is or should be a director and who is a creditor.
- [34] This follows on a highly contentious corporate history involving struggles between shareholder groups, allegations of misrepresentation and allegations of fraud.

- [35] The Objectors' primary opposition to the release is based on their desire to bring an action against the current directors, the Company's legal advisors during the CCAA proceedings, the Monitor and its counsel for their conduct during the CCAA proceedings. The Objectors submit that the current Board, the Monitor and their legal counsel misled the court by suggesting that they had a transaction in the offing that would have injected \$20,000,000 into Green Relief. The Objectors say that the releasees did insufficient due diligence to determine whether the proposed purchaser in fact had \$20,000,000 available.
- [36] The Objectors submit that the Company has incurred needless professional fees because of the fruitless pursuit of the \$20,000,000 transaction and that Green Relief suffered a loss of chance in that it was deprived of the ability to pursue alternative transactions.
- [37] If anything, the proposed action demonstrates the need for a release. In the overall circumstances of the case, the threat of litigation against the current board, the Company's counsel, the Monitor and its counsel is unfounded and disproportionate. To demonstrate this requires some context and background.
- [38] At the outset of the proceeding, 265 Co. proposed to extend a \$5,000,000 operating loan to Green Relief. The loan provided no money for creditors. The board feared that accepting the loan would inevitably put Green Relief further into debt and ultimately end up with 265 Co. having ownership of Green Relief without having provided anything for other stakeholders. Mr. Leblanc supported the 265 Co. proposal and urged that I adopt it.
- [39] The board urged me to allow them to pursue a proposal from another investor, Mr. Vercooteren. The Vercooteren proposal would have injected \$20,000,000 into Green Relief. As it turns out, the Vercooteren proposal did not materialize. Initially the court was advised that the Vercooteren proposal was being delayed because of administrative holdups attributable to the Covid 19 pandemic. A few months later it was discovered that the delays were attributable to the fact that the Vercooteren proposal was contingent upon the completion of another transaction in Europe. The nature of that transaction, its status, closing date, likelihood of closing and reason for not closing to date were never revealed.
- [40] It is fair to say that when I discovered this, I expressed frustration to the Applicant for having failed to disclose the true status of the Vercooteren proposal from the outset. The Applicant assured me that they had done due diligence on Mr. Vercooteren and had been assured by his counsel, a reputable law firm, that he was a person of financial substance with the means to complete a transaction of the sort he had proposed.
- [41] With the benefit of hindsight one can debate whether the board acted perfectly, their conduct, however, ultimately led to the situation we find ourselves in now which is one that has 265 Co. offering more money to creditors and potentially other stakeholders than its initial proposal did. The proposal I am being asked to approve would see 265 Co. inject \$5,000,000 of which \$1,500,000 would be for operating purposes and \$3,500,000 would be for distribution to creditors. In addition, the 265 Co. proposal contains an earn out of up to an additional \$7,000,000 for distribution to creditors. While I agree that it does not offer \$20,000,000, the reality is that \$20,000,000 was not on the table.

- [42] Mr. McGovern, on behalf of Mr. Leblanc submits that the fact that the current offer of 265 Co. is superior to the prior offer does not end the analysis because the board and its advisors got that superior offer by engaging in questionable conduct. According to Mr. McGovern, this introduces moral hazard into the equation which is undesirable.
- [43] On that analysis, if anyone has been damaged by the alleged moral hazard, it is 265 Co. which has been led to improve its previous offers based on allegedly misleading information. However, 265 Co. does not complain. It wishes to close the Transaction.
- [44] Mr. Dick on behalf of Mr. Saunders and Mr. Kennaley on behalf of Messrs. Schilthuis and Lloyd submit that the Objectors should be able to pursue their loss of chance claim. They argue that there were no other bids for Green Relief because the size of the Vercouteren proposal inhibited others from bidding. While perhaps initially appealing as a basis to speculate about what other bids may have been available, I do not accept the submission for three reasons.
- [45] First, the Vercouteren proposal did not stop 265 Co. from making its \$5,000,000 operating loan proposal. It also did not stop 265 Co. from making a significantly more superior offer later subject to an exit right based on what its due diligence revealed. Anyone who was seriously interested in the business could have made an offer with a due diligence exit right. There is nothing unusual in that type of proposal
- [46] Second, the founders supported 265 Co.'s initial inferior proposal. Had they truly believed Green Relief was worth \$20,000,000, it is unlikely they would have done so. In addition, the founders were ideally placed to find other financial solutions preferable to the one on offer. They did not do so. Even when they learned that the current proposal was conditional on the release, the Objectors did not suggest that the company return to the drawing board to search for another transaction. The Objectors want me to approve the Transaction but with the release removed.
- [47] Third, no creditor objects to the Transaction. Any hope of a transaction that would offer more funds for creditors, let alone shareholders, than the Transaction does is illusory. At an earlier stage in this proceeding, Mr. Weisz stated that "Green Relief is hopelessly insolvent": see my endorsement of April 20, 2020 at para. 6. At the time, Green Relief was in default of leases, had tax arrears of over \$100,000 and was over five months in arrears on a mortgage in favour of Rescom. Hopelessly insolvent companies do not have enough money to pay off creditors, let alone provide value to shareholders. This particular hopelessly insolvent company is a cannabis business. The entire cannabis industry is undergoing a fundamental shakeup. There is no shortage of CCAA proceedings involving players in the cannabis industry. The harsh business reality is that creditors, let alone shareholders, will come out short in these restructurings. If anyone stands to gain from a superior offer, it is creditors. Yet no creditor, apart from Ms. Bravo who asserts that she is a creditor, wants to pursue a claim against anyone for their conduct of the CCAA proceeding.

- [48] In those circumstances, I am satisfied that whatever right of action is being removed by the release is so insubstantial that the court need not be concerned about depriving anyone of a cause of action that has even a remote chance of success. At best, it is a cause of action that is entirely without legal merit but which might have some economic value if a defendant were prepared to settle on the basis of the claim's nuisance value. Permitting unmeritorious claims to proceed so that the founders can try to extract a nuisance value settlement arising from steps that were approved by the court at each stage would amount to legally authorized extortion which I am not inclined to permit.
- [49] In the circumstances described above, the quality of the claims released would incline me to approve the release.

Application of the Lydian Factors

- [50] **Releasees necessary and essential:** The released parties here were necessary and essential to the restructuring. A CCAA proceeding quite obviously cannot proceed without a Monitor, Monitor's counsel or company counsel. Similarly, a restructuring cannot proceed without the other releasees like directors, officers and employees.
- [51] **Rational connection between claims released and the purpose of the plan:** The claims released are rationally connected to the purpose of the plan. The object of the release is to diminish indemnity claims by the releasees against Residual Co. and the pool of cash that is being created in its hands to satisfy creditor claims. Given that one purpose of a CCAA proceeding is to maximize creditor recovery, a release which helps do that is rationally connected to the purpose of the plan.
- [52] **Whether the plan can succeed without the releases** is unknown. The directors have made the releases a condition precedent to the plan. The court should not accept the release simply because it is said to be a condition precedent. In the circumstances of this case, the condition precedent strikes me as more of a strong-arm tactic that courts should resist. I feel myself at liberty to call the directors' bluff and approve the Transaction without the release.
- [53] Success of the plan without releases should, however, also be assessed with regard to factors other than potential strong-arming by incumbent directors. Here, the pool of assets immediately available for distribution of creditors is approximately \$3,500,000. As noted, the releasees may have a claim on those funds to satisfy any indemnity claims arising out of the litigation. Mr. McGovern's announced desire to sue the Monitor, its counsel, the directors and Green Relief's counsel for their conduct during the restructuring may give rise to indemnity claims of a size that would make a significant dent in the cash available for creditors. That diminution would make the plan significantly less successful and, depending on circumstances, could eliminate assets available for creditors.

- [54] **Did the releasees contribute to the plan:** While there is not yet a plan, the releasees have clearly contributed to get the Company to this stage. The Monitor, its counsel, the directors and Company counsel dedicated time and effort to the CCAA proceedings. Professional advisors contributed further by deferring billing and collection. Messrs. Jha and Battaglia contributed \$1,500,000 of their personal funds to provide DIP financing at relatively modest interest rates. Mr. Battaglia contributed \$220,000. Dr. Jha initially contributed \$500,000 and then increased his contribution to \$1,250,000 in June 2020.
- [55] **Does the release benefit the debtor as well as creditors:** The release benefits the debtor in that it helps facilitate a transaction that will make funds available to creditors. In the absence of the release, the funds available to creditors could be significantly diminished because of indemnity claims by the releasees. Those indemnity claims would include claims for advancement of defence costs. The advancement of defence costs would be claimed in relation to an action that questions the conduct of the releasees during a court supervised and court approved the process. As noted above, the nature of those claims is highly tenuous.
- [56] **Creditors knowledge of the nature and effect of the release:** All creditors on the service list were served with materials relating to this motion. Creditors were free to attend the hearing, several did. Those creditors who made submissions on the motion supported the release.
- [57] A consideration of the foregoing *Lydian* factors would also incline me to approve the release. If I balance the right to the Objectors to pursue the releasees for their conduct during the CCAA proceeding against the right of creditors to maximize recovery against the Green Relief estate, there is simply no contest. The creditors with proven claims have legitimate, verified demands against the corporate estate. The Objectors have tenuous claims based on objections to a court supervised process that would in effect amount to a collateral attack on court orders. In those circumstances I am satisfied that the release benefits the debtor and creditors generally.

Scope of the Releases

- [58] Although the scope of the releases is captured by the factor that Lydian describes as whether the releases are fair, reasonable and not overly broad, I consider the scope of the release here in a standalone section because of the prominence given to it during argument.
- [59] The release is found in paragraph 24 of the proposed order. Its material language provides:
- ...the current directors, officers, employees, independent contractors that have provided legal or financial services to the Applicant, legal counsel and advisors of the Applicant, and (ii) the Monitor and its legal counsel (collectively, the “Released Parties”) shall be ... released ... from ...all ... claims ...of any nature or

kind whatsoever ... based in whole or in part on any act or omission, ... taking place prior to the filing of the Monitor's Certificate and that relate in any manner whatsoever to the Applicant or any of its assets (current or historical), obligations, business or affairs or this CCAA Proceeding, ... provided that nothing in this paragraph shall ... release... any claim: (i) that is not permitted to be released pursuant to section 5.1(2) of the CCAA, (ii) against the former directors and officers of the Applicant for breach of trust arising from acts or omissions occurring before the date of the Initial Order, (iii) that may be made against any applicable insurance policy of the Applicant prior to the date of the Initial Order, or (iv) that may be made against the current directors and officers that would be covered by the Directors' Charge granted pursuant to the Initial Order.

- [60] While the release appears broad at first blush, a closer reading narrows its scope considerably. The parties being released are by and large parties who provided services to the company during the CCAA process. Given that the incremental steps in the CCAA process were approved by the court and were subject to submission by a wide variety of parties, the release is not, prima facie, unreasonable. In addition, while current directors are also released, the longest-serving of those are Messrs. Jha and Battaglia who became directors on March 7, 2019, approximately one year before the Notice of Intention was filed. The time period for which they are being released outside of the court proceedings is therefore relatively limited. On the motion, no one advanced any basis for a claim against them for pre-Notice of Intention conduct.
- [61] The release then goes on to carve out certain types of claims that are not being released even as against the limited population of releasees. The carveouts include claims not permitted to be released under section 5.1 (2) of the CCAA and claims that may be made against any applicable insurance policy.
- [62] Section 5.1 (2) of the CCAA prohibits releases for, among other things, “wrongful or oppressive conduct by directors.” Just what that means was the subject of much argument on the motion.
- [63] On behalf of Green Relief, Mr. Thornton submitted that the carveout for “wrongful or oppressive conduct” is broad and would include negligence claims. In other words, in the Company's view, negligence claims are not being released. Mr. Thornton submitted that the language of section 5.1 (2) of the CCAA effectively releases the directors from statutory liabilities for which they may be liable because the corporation failed to do something even though that failure is not attributable to any wrongdoing by directors. By way of example, directors' statutory liability for unpaid wages would fall into this category and would be captured by the release.
- [64] In *BlueStar Battery Systems International Corp., Re*, 2000 CanLII 22 678 (ON SC) Farley J. said the following about the scope of section 5.1 (2) at para 14:

“However it seems to me that the directors of any corporation in difficulty and contemplating a CCAA plan would be unwise to engage in a game of hide and go seek since the language of s. 5.1 (2)(b) appears wide enough to encompass those situations where the directors stand idly by and do nothing to correct any misstatements or other wrongful or oppressive conduct of others in the corporation (either other directors acting qua directors, or officers or underlings). There was no evidence presented that the directors here had knowledge or ought to have had knowledge of such here. One may have the greatest of suspicion that they did or ought to have had such knowledge. This could have been crystallized if RevCan had put the directors on notice of the promises to pay GST. It would seem to me at first glance that the oppression claims cases which arise pursuant to corporate legislation such as the Canada Business Corporations Act and the Business Corporations Act (Ontario) would be of assistance in defining “oppressive conduct”. Similarly it would appear that “wrongful conduct” would be conduct which would be tortious (or akin thereto) as well as any conduct which was illegal.”

- [65] This passage would appear to support Mr. Thornton’s submission.
- [66] Mr. Osborne, on behalf of the current directors took a narrower view of the meaning of “wrongful or oppressive” conduct and described it as referring to “active but not “passive torts”. In Mr. Osborne’s submission, the release covers claims in respect of which the corporation can indemnify directors, including negligence, but does not include intentional conduct like fraud.
- [67] Given the difference of views, some counsel asked me to define specifically what was or was not excluded by section 5.1 (2) while others urged me not to define the scope of the section at this stage.
- [68] My inclination is to not to define the scope of the section or the release in a vacuum. Both the release and section 5.1 (2) are better interpreted in light of a specific claim in the context of the circumstances existing if and when any such claim arises.
- [69] In that regard I would urge a heavy dose of restraint on all parties. There has been no shortage of animosity and litigation between the parties. Temperatures have run high throughout. Before continuing any existing litigation or commencing new litigation, I would urge all parties to consider whether they are proceeding out of anger and frustration, however justified it may be, or are they proceeding on a rational economic basis because there is a cogent basis for a claim that will lead to recovery considerably in excess of the costs of litigating. This is a situation where suing “out of principle” warrants considerable restraint.

- [70] The release also carves out claims “that may be made against any applicable insurance policy of the Applicant prior to the date of the initial order.” I was advised during the motion that the directors were unable to obtain insurance after the Notice of Intention was filed in March 2020 but that the company purchased tail coverage that extended coverage for past conduct of directors. The tail coverage expires on November 26, 2020. That still provides plaintiffs with a period of time to commence an action for which there might be insurance coverage and to which the release might therefore not apply. The tail coverage may for example, cover current and former directors for conduct that arose before the Notice of Intention was filed.
- [71] To permit such claims to be filed, I am temporarily lifting the stay of proceedings against officers and directors of Green Relief solely for the purpose of initiating claims that would potentially obtain the benefit of the carveouts under the release.
- [72] Given my preference for interpreting the release in light of actual circumstances rather than in a vacuum and given my temporary lift of the stay of proceedings against officers and directors, there is considerable benefit to the parties and considerable judicial efficiency in having the release interpreted by the same judicial officer who approved it and who had oversight of the CCAA proceedings. I will therefore remain seized of this issue and order that any issue about whether the release applies (including the issue of insurance coverage) will be determined by me.
- [73] To be clear, if any actions are commenced because of the temporary lift stay, the parties will still have to agree that such actions are carved out of the release by virtue of insurance coverage or I will have to determine that issue. The actions will not proceed and need not be defended until such agreement is reached or until I have determined whether the release applies.

Relief requested by Susan Basmaji

- [74] Susan Basmaji is a shareholder who asks that I extend the coverage of the release to her. Ms. Basmaji says she motivated a large number of other shareholders to cooperate with the Monitor and the Company to support the Transaction. She says that as a result of those efforts, Mr. Leblanc has commenced a defamation action against her.
- [75] I am not inclined to extend the release to Ms. Basmaji. The release was the product of negotiations between various stakeholders. It is not for the court to rewrite the release and bring other parties into the negotiation. I have extremely limited knowledge of the dispute between Mr. Leblanc and Ms. Basmaji and have no basis for concluding whether Ms. Basmaji was essential to the success of the Transaction as Lydian suggests nor do I have enough information about the defamation action to determine whether Ms. Basmaji should benefit from a release. That that said, it strikes me that the litigation between Mr. Leblanc and Ms. Basmaji a dispute to which the exhortation in paragraph 69 above is particularly relevant.

Disposition

[76] For the reasons set out above, I

- a. approve the Transaction;
- b. approve the release;
- c. will remain seized of all issues concerning the interpretation of the release and the insurance coverage referred to in it;
- d. lift the stay of proceedings solely to permit actions to be brought up to and including November 26, 2020 in order to capture the benefit of insurance coverage referred to in the release;
- e. reimpose the stay of proceedings effective at 12:01 AM on November 27, 2020; and
- f. decline to extend the benefit of the release to Susan Basmaji.

Koehnen J.

Date: November 9, 2020

TAB 17

Ontario Supreme Court
Sammi Atlas Inc., Re
Date: 1998-02-27

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

In The Matter of the Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c.C.43

In The Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Sammi Atlas Inc.

Ontario Court of Justice, General Division [Commercial List] Farley J.

Heard: February 27, 1998

Judgment: February 27, 1998

Docket: 97-BK-000219, B230/97

Norman J. Emblem, for the applicant, Sammi Atlas Inc.

James Grout, for Agro Partners, Inc.

Thomas Mate, for the Bank of Nova Scotia.

Jay Carfagnini and Ben Zarnett, for Investors' Committee.

Geoffrey Morawetz, for the Trade Creditors' committee.

Clifton Prophet, for Duk Lee.

Farley J.:

[1] This endorsement deals with two of the motions before me today:

1) Applicant's motion for an order approving and sanctioning the Applicant's Plan of Compromise and Arrangement, as amended and approved by the Applicant's unsecured creditors on February 25, 1998; and

2) A motion by Argo Partners, Inc. ("Argo"), a creditor by way of assignment, for an order directing that the Plan be amended to provide that a person who, on the record date, held unsecured claims shall be entitled to elect treatment with respect to each unsecured claim

held by it on a claim by claim basis (and not on an aggregate basis as provided for in the Plan).

[2] As to the Applicant's sanction motion, the general principles to be applied in the exercise of the court's discretion are:

- 1) there must be strict compliance with all statutory requirements and adherence to the previous orders of the court;
- 2) all materials filed and procedures carried out must be examined to determine if anything has been done or purported to be done which is not authorized by the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"); and
- 3) the Plan must be fair and reasonable.

See *Northland Properties Ltd., Re* (1988), 73 C.B.R. (N S) 175 (B.C.S.C.); affirmed (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 195 (B.C. C.A.) at p.201; *Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.* (1993), 12 O.R. (3d) 500 (Ont. Gen. Div.) at p.506.

[3] I am satisfied on the material before me that the Applicant was held to be a corporation as to which the CCAA applies, that the Plan was filed with the court in accordance with the previous orders, that notices were appropriately given and published as to claims and meetings, that the meetings were held in accordance with the directions of the court and that the Plan was approved by the requisite majority (in fact it was approved 98.74% in number of the proven claims of creditors voting and by 96.79% dollar value, with Argo abstaining). Thus it would appear that items one and two are met.

[4] What of item 3 - is the Plan fair and reasonable? A Plan under the CCAA is a compromise; it cannot be expected to be perfect. It should be approved if it is fair, reasonable and equitable. Equitable treatment is not necessarily equal treatment. Equal treatment may be contrary to equitable treatment. One must look at the creditors as a whole (i.e. generally) and to the objecting creditors (specifically) and see if rights are compromised in an attempt to balance interests (and have the pain of the compromise equitably shared) as opposed to a confiscation of rights: see *Campeau Corp., Re* (1992), 10 C.B.R. (3d) 104 (Ont. Gen. Div.) at p.109. It is recognized that the CCAA contemplates that a minority of creditors is bound by the Plan which a majority have approved - subject only to the court determining that the Plan is

fair and reasonable: see *Northland Properties Ltd.* at p.201; *Olympia & York Developments Ltd.* at p.509. In the present case no one appeared today to oppose the Plan being sanctioned: Argo merely wished that the Plan be amended to accommodate its particular concerns. Of course, to the extent that Argo would be benefited by such an amendment, the other creditors would in effect be disadvantaged since the pot in this case is based on a zero sum game.

[5] Those voting on the Plan (and I note there was a very significant “quorum” present at the meeting) do so on a business basis. As Blair J. said at p.510 of *Olympia & York Developments Ltd.*:

As the other courts have done, I observe that it is not my function to second guess the business people with respect to the “business” aspects of the Plan, descending into the negotiating arena and substituting my own view of what is a fair and reasonable compromise or arrangement for that of the business judgment of the participants. The parties themselves know best what is in their interests in those areas.

The court should be appropriately reluctant to interfere with the business decisions of creditors reached as a body. There was no suggestion that these creditors were unsophisticated or unable to look out for their own best interests. The vote in the present case is even higher than in *Central Guaranty Trustco Ltd., Re* (1993), 21 C.B.R. (3d) 139 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]) where I observed at p.141:

...This on either basis is well beyond the specific majority requirement of CCAA. Clearly there is a very heavy burden on parties seeking to upset a plan that the required majority have found that they could vote for; given the overwhelming majority this burden is no lighter. This vote by sophisticated lenders speaks volumes as to fairness and reasonableness.

The Courts should not second guess business people who have gone along with the Plan...

[6] Argo’s motion is to amend the Plan - after it has been voted on. However I do not see any exceptional circumstances which would support such a motion being brought now. In *Algoma Steel Corp. v. Royal Bank* (1992), 11 C.B.R. (3d) 11 (Ont. C.A.) the Court of Appeal observed at p.15 that the court’s jurisdiction to amend a plan should “be exercised sparingly and in exceptional circumstances only” even if the amendment were merely technical and did not prejudice the interests of the corporation or its creditors and then only where there is jurisdiction under the CCAA to make the amendment requested, I was advised that Argo had considered bringing the motion on earlier but had not done so in the face of “veto” opposition

from the major creditors. I am puzzled by this since the creditor or any other appropriate party can always move in court before the Plan is voted on to amend the Plan; voting does not have anything to do with the court granting or dismissing the motion. The court can always determine a matter which may impinge directly and materially upon the fairness and reasonableness of a plan. I note in passing that it would be inappropriate to attempt to obtain a preview of the court's views as to sanctioning by bringing on such a motion. See my views in *Central Guaranty Trustco Ltd., Re* at p.143:

...In *Algoma Steel Corp. v. Royal Bank* (1992), 8 O.R. (3d) 449, the Court of Appeal determined that there were exceptional circumstances (unrelated to the Plan) which allowed it to adjust *where no interest was adversely affected*. The same cannot be said here. FSTQ aside from s.11(c) of the CCAA also raised s.7. I am of the view that s.7 allows an amendment after an adjournment - *but not after a vote has been taken*. (emphasis in original)

What Argo wants is a substantive change; I do not see the jurisdiction to grant same under the CCAA.

[7] In the subject Plan creditors are to be dealt with on a sliding scale for distribution purposes only: with this scale being on an aggregate basis of all claims held by one claimant:

- i) \$7,500 or less to receive cash of 95% of the proven claim;
- ii) \$7,501 - \$100,000 to receive cash of 90% of the first \$7,500 and 55% of balance; and;
- iii) in excess of \$100,000 to receive shares on a formula basis (subject to creditor agreeing to limit claims to \$100,000 so as to obtain cash as per the previous formula).

Such a sliding scale arrangement has been present in many proposals over the years. Argo has not been singled out for special treatment; others who acquired claims by assignment have also been affected. Argo has acquired 40 claims; all under \$100,000 but in the aggregate well over \$100,000. Argo submitted that it could have achieved the result that it wished if it had kept the individual claims it acquired separate by having them held by a different "person"; this is true under the Plan as worded. Conceivably if this type of separation in the face of an aggregation provision were perceived to be inappropriate by a CCAA applicant, then I suppose the language of such a plan could be "tightened" to eliminate what the applicant perceived as a loophole. I appreciate Argo's position that by buying up the small claims it was providing the original creditors with liquidity but this should not be a

determinative factor. I would note that the sliding scale provided here does recognize (albeit imperfectly) that small claims may be equated with small creditors who would more likely wish cash as opposed to non-board lots of shares which would not be as liquidate as cash; the high percentage cash for those proven claims of \$7,500 or under illustrates the desire not to have the “little person” hurt - at least any more than is necessary. The question will come down to balance - the plan must be efficient and attractive enough for it to be brought forward by an applicant with the realistic chance of its succeeding (and perhaps in that regard be “sponsored” by significant creditors) and while not being too generous so that the future of the applicant on an ongoing basis would be in jeopardy: at the same time it must gain enough support amongst the creditor body for it to gain the requisite majority. New creditors by assignment may provide not only liquidity but also a benefit in providing a block of support for a plan which may not have been forthcoming as a small creditor may not think it important to do so. Argo of course has not claimed it is a “little person” in the context of this CCAA proceeding.

[8] In my view Argo is being treated fairly and reasonably as a creditor as are all the unsecured creditors. An aggregation clause is not inherently unfair and the sliding scale provisions would appear to me to be aimed at “protecting (or helping out) the little guy” which would appear to be a reasonable policy.

[9] The Plan is sanctioned and approved; Argo’s aggregation motion is dismissed.

Addendum:

[10] I reviewed with the insolvency practitioners (legal counsel and accountants) the aspect that industrial and commercial concerns in a CCAA setting should be distinguished from “bricks and mortgage” corporations. In their reorganization it is important to maintain the goodwill attributable to employee experience and customer (and supplier) loyalty; this may very quickly erode with uncertainty. Therefore it would, to my mind be desirable to get down to brass tacks as quickly as possible and perhaps a reasonable target (subject to adjustment up or down according to the circumstances including complexity) would be for a six month period from application to Plan sanction.

Motion for approval granted; motion for amendment dismissed.

TAB 18

CITATION: Sino-Forest Corporation (Re), 2012 ONSC 7050
COURT FILE NO.: CV-12-9667-00CL
DATE: 20121212

**SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO
(COMMERCIAL LIST)**

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF SINO-FOREST CORPORATION, Applicant

BEFORE: MORAWETZ J.

COUNSEL: Robert W. Staley, Kevin Zych, Derek J. Bell and Jonathan Bell, for Sino-Forest Corporation

Derrick Tay, Jennifer Stam, and Cliff Prophet for the Monitor, FTI Consulting Canada Inc.

Robert Chadwick and Brendan O'Neill, for the Ad Hoc Committee of Noteholders

Kenneth Rosenberg, Kirk Baert, Max Starnino, and A. Dimitri Lascaris, for the Class Action Plaintiffs

Won J. Kim, James C. Orr, Michael C. Spencer, and Megan B. McPhee, for Invesco Canada Ltd., Northwest & Ethical Investments LP and Comité Syndicale Nationale de Retraite Bâtirente Inc.

Peter Griffin, Peter Osborne and Shara Roy, for Ernst & Young Inc.

Peter Greene and Ken Dekkar, for BDO Limited

Edward A. Sellers and Larry Lowenstein, for the Board of Directors of Sino-Forest Corporation

John Pirie and David Gadsden, for Poyry (Beijing)

James Doris, for the Plaintiff in the New York Class Action

David Bish, for the Underwriters

Simon Bieber and Erin Pleet, for David Horsley

James Grout, for the Ontario Securities Commission

Emily Cole and Joseph Marin, for Allen Chan

Susan E. Freedman and Brandon Barnes, for Kai Kit Poon

Paul Emerson, for ACE/Chubb

Sam Sasso, for Travelers

HEARD: DECEMBER 7, 2012

ENDORSED: DECEMBER 10, 2012

REASONS: DECEMBER 12, 2012

ENDORSEMENT

[1] On December 10, 2012, I released an endorsement granting this motion with reasons to follow. These are those reasons.

Overview

[2] The Applicant, Sino-Forest Corporation (“SFC”), seeks an order sanctioning (the “Sanction Order”) a plan of compromise and reorganization dated December 3, 2012 as modified, amended, varied or supplemented in accordance with its terms (the “Plan”) pursuant to section 6 of the *Companies’ Creditors Arrangement Act* (“CCAA”).

[3] With the exception of one party, SFC’s position is either supported or is not opposed.

[4] Invesco Canada Ltd., Northwest & Ethical Investments LP and Comité Syndicale Nationale de Retraite Bâtirente Inc. (collectively, the “Funds”) object to the proposed Sanction Order. The Funds requested an adjournment for a period of one month. I denied the Funds’ adjournment request in a separate endorsement released on December 10, 2012 (*Re Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 7041). Alternatively, the Funds requested that the Plan be altered so as to remove Article 11 “Settlement of Claims Against Third Party Defendants”.

[5] The defined terms have been taken from the motion record.

[6] SFC’s counsel submits that the Plan represents a fair and reasonable compromise reached with SFC’s creditors following months of negotiation. SFC’s counsel submits that the Plan, including its treatment of holders of equity claims, complies with CCAA requirements and is consistent with this court’s decision on the equity claims motions (the “Equity Claims Decision”)

(2012 ONSC 4377, 92 C.B.R. (5th) 99), which was subsequently upheld by the Court of Appeal for Ontario (2012 ONCA 816).

[7] Counsel submits that the classification of creditors for the purpose of voting on the Plan was proper and consistent with the CCAA, existing law and prior orders of this court, including the Equity Claims Decision and the Plan Filing and Meeting Order.

[8] The Plan has the support of the following parties:

- (a) the Monitor;
- (b) SFC's largest creditors, the Ad Hoc Committee of Noteholders (the "Ad Hoc Noteholders");
- (c) Ernst & Young LLP ("E&Y");
- (d) BDO Limited ("BDO"); and
- (e) the Underwriters.

[9] The Ad Hoc Committee of Purchasers of the Applicant's Securities (the "Ad Hoc Securities Purchasers Committee", also referred to as the "Class Action Plaintiffs") has agreed not to oppose the Plan. The Monitor has considered possible alternatives to the Plan, including liquidation and bankruptcy, and has concluded that the Plan is the preferable option.

[10] The Plan was approved by an overwhelming majority of Affected Creditors voting in person or by proxy. In total, 99% in number, and greater than 99% in value, of those Affected Creditors voting favoured the Plan.

[11] Options and alternatives to the Plan have been explored throughout these proceedings. SFC carried out a court-supervised sales process (the "Sales Process"), pursuant to the sales process order (the "Sales Process Order"), to seek out potential qualified strategic and financial purchasers of SFC's global assets. After a canvassing of the market, SFC determined that there were no qualified purchasers offering to acquire its assets for qualified consideration ("Qualified Consideration"), which was set at 85% of the value of the outstanding amount owing under the notes (the "Notes").

[12] SFC's counsel submits that the Plan achieves the objective stated at the commencement of the CCAA proceedings (namely, to provide a "clean break" between the business operations of the global SFC enterprise as a whole ("Sino-Forest") and the problems facing SFC, with the aspiration of saving and preserving the value of SFC's underlying business for the benefit of SFC's creditors).

Facts

[13] SFC is an integrated forest plantation operator and forest products company, with most of its assets and the majority of its business operations located in the southern and eastern regions of the People's Republic of China ("PRC"). SFC's registered office is located in Toronto and its principal business office is located in Hong Kong.

[14] SFC is a holding company with six direct subsidiaries (the "Subsidiaries") and an indirect majority interest in Greenheart Group Limited (Bermuda), a publicly-traded company. Including SFC and the Subsidiaries, there are 137 entities that make up Sino-Forest: 67 companies incorporated in PRC, 58 companies incorporated in British Virgin Islands, 7 companies incorporated in Hong Kong, 2 companies incorporated in Canada and 3 companies incorporated elsewhere.

[15] On June 2, 2011, Muddy Waters LLC ("Muddy Waters"), a short-seller of SFC's securities, released a report alleging that SFC was a "near total fraud" and a "Ponzi scheme". SFC subsequently became embroiled in multiple class actions across Canada and the United States and was subjected to investigations and regulatory proceedings by the Ontario Securities Commission ("OSC"), Hong Kong Securities and Futures Commission and the Royal Canadian Mounted Police.

[16] SFC was unable to file its 2011 third quarter financial statements, resulting in a default under its note indentures.

[17] Following extensive arm's length negotiations between SFC and the Ad Hoc Noteholders, the parties agreed on a framework for a consensual resolution of SFC's defaults under its note indentures and the restructuring of its business. The parties ultimately entered into a restructuring support agreement (the "Support Agreement") on March 30, 2012, which was initially executed by holders of 40% of the aggregate principal amount of SFC's Notes. Additional consenting noteholders subsequently executed joinder agreements, resulting in noteholders representing a total of more than 72% of aggregate principal amount of the Notes agreeing to support the restructuring.

[18] The restructuring contemplated by the Support Agreement was commercially designed to separate Sino-Forest's business operations from the problems facing the parent holding company outside of PRC, with the intention of saving and preserving the value of SFC's underlying business. Two possible transactions were contemplated:

- (a) First, a court-supervised Sales Process to determine if any person or group of persons would purchase SFC's business operations for an amount in excess of the 85% Qualified Consideration;
- (b) Second, if the Sales Process was not successful, a transfer of six immediate holding companies (that own SFC's operating business) to an acquisition vehicle to be owned by Affected Creditors in compromise of their claims against SFC. Further, the creation of a litigation trust (including funding) (the "Litigation Trust") to enable SFC's litigation claims against any person not otherwise released within the CCAA proceedings,

preserved and pursued for the benefit of SFC's stakeholders in accordance with the Support Agreement (concurrently, the "Restructuring Transaction").

[19] SFC applied and obtained an initial order under the CCAA on March 30, 2012 (the "Initial Order"), pursuant to which a limited stay of proceedings ("Stay of Proceedings") was also granted in respect of the Subsidiaries. The Stay of Proceedings was subsequently extended by orders dated May 31, September 28, October 10, and November 23, 2012, and unless further extended, will expire on February 1, 2013.

[20] On March 30, 2012, the Sales Process Order was granted. While a number of Letters of Intent were received in respect of this process, none were qualified Letters of Intent, because none of them offered to acquire SFC's assets for the Qualified Consideration. As such, on July 10, 2012, SFC announced the termination of the Sales Process and its intention to proceed with the Restructuring Transaction.

[21] On May 14, 2012, this court granted an order (the "Claims Procedure Order") which approved the Claims Process that was developed by SFC in consultation with the Monitor.

[22] As of the date of filing, SFC had approximately \$1.8 billion of principal amount of debt owing under the Notes, plus accrued and unpaid interest. As of May 15, 2012, Noteholders holding in aggregate approximately 72% of the principal amount of the Notes, and representing more than 66.67% of the principal amount of each of the four series of Notes, agreed to support the Plan.

[23] After the Muddy Waters report was released, SFC and certain of its officers, directors and employees, along with SFC's former auditors, technical consultants and Underwriters involved in prior equity and debt offerings, were named as defendants in a number of proposed class action lawsuits. Presently, there are active proposed class actions in four jurisdictions: Ontario, Quebec, Saskatchewan and New York (the "Class Action Claims").

[24] *The Labourers v. Sino-Forest Corporation Class Action* (the "Ontario Class Action") was commenced in Ontario by Koskie Minsky LLP and Siskinds LLP. It has the following two components: first, there is a shareholder claim (the "Shareholder Class Action Claims") brought on behalf of current and former shareholders of SFC seeking damages in the amount of \$6.5 billion for general damages, \$174.8 million in connection with a prospectus issued in June 2007, \$330 million in relation to a prospectus issued in June 2009, and \$319.2 million in relation to a prospectus issued in December 2009; second, there is a \$1.8 billion noteholder claim (the "Noteholder Class Action Claims") brought on behalf of former holders of SFC's Notes. The noteholder component seeks damages for loss of value in the Notes.

[25] The Quebec Class Action is similar in nature to the Ontario Class Action, and both plaintiffs filed proof of claim in this proceeding. The plaintiffs in the Saskatchewan Class Action did not file a proof of claim in this proceeding, whereas the plaintiffs in the New York Class Action did file a proof of claim in this proceeding. A few shareholders filed proofs of claim separately, but no proof of claim was filed by the Funds.

[26] In this proceeding, the Ad Hoc Securities Purchasers Committee - represented by Siskinds LLP, Koskie Minsky, and Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP - has appeared to represent the interests of the shareholders and noteholders who have asserted Class Action Claims against SFC and others.

[27] Since 2000, SFC has had the following two auditors (“Auditors”): E&Y from 2000 to 2004 and 2007 to 2012 and BDO from 2005 to 2006.

[28] The Auditors have asserted claims against SFC for contribution and indemnity for any amounts paid or payable in respect of the Shareholder Class Action Claims, with each of the Auditors having asserted claims in excess of \$6.5 billion. The Auditors have also asserted indemnification claims in respect the Noteholder Class Action Claims.

[29] The Underwriters have similarly filed claims against SFC seeking contribution and indemnity for the Shareholder Class Action Claims and Noteholder Class Action Claims.

[30] The Ontario Securities Commission (“OSC”) has also investigated matters relating to SFC. The OSC has advised that they are not seeking any monetary sanctions against SFC and are not seeking monetary sanctions in excess of \$100 million against SFC’s directors and officers (this amount was later reduced to \$84 million).

[31] SFC has very few trade creditors by virtue of its status as a holding company whose business is substantially carried out through its Subsidiaries in PRC and Hong Kong.

[32] On June 26, 2012, SFC brought a motion for an order declaring that all claims made against SFC arising in connection with the ownership, purchase or sale of an equity interest in SFC and related indemnity claims to be “equity claims” (as defined in section 2 of the CCAA). These claims encapsulate the commenced Shareholder Class Action Claims asserted against SFC. The Equity Claims Decision did not purport to deal with the Noteholder Class Action Claims.

[33] In reasons released on July 27, 2012, I granted the relief sought by SFC in the Equity Claims Decision, finding that the “the claims advanced in the shareholder claims are clearly equity claims.” The Auditors and Underwriters appealed the decision and on November 23, 2012, the Court of Appeal for Ontario dismissed the appeal.

[34] On August 31, 2012, an order was issued approving the filing of the Plan (the “Plan Filing and Meeting Order”).

[35] According to SFC’s counsel, the Plan endeavours to achieve the following purposes:

- (a) to effect a full, final and irrevocable compromise, release, discharge, cancellation and bar of all affected claims;
- (b) to effect the distribution of the consideration provided in the Plan in respect of proven claims;

- (c) to transfer ownership of the Sino-Forest business to Newco and then to Newco II, in each case free and clear of all claims against SFC and certain related claims against the Subsidiaries so as to enable the Sino-Forest business to continue on a viable, going concern basis for the benefit of the Affected Creditors; and
- (d) to allow Affected Creditors and Noteholder Class Action Claimants to benefit from contingent value that may be derived from litigation claims to be advanced by the litigation trustee.

[36] Pursuant to the Plan, the shares of Newco (“Newco Shares”) will be distributed to the Affected Creditors. Newco will immediately transfer the acquired assets to Newco II.

[37] SFC’s counsel submits that the Plan represents the best available outcome in the circumstances and those with an economic interest in SFC, when considered as a whole, will derive greater benefit from the implementation of the Plan and the continuation of the business as a going concern than would result from bankruptcy or liquidation of SFC. Counsel further submits that the Plan fairly and equitably considers the interests of the Third Party Defendants, who seek indemnity and contribution from SFC and its Subsidiaries on a contingent basis, in the event that they are found to be liable to SFC’s stakeholders. Counsel further notes that the three most significant Third Party Defendants (E&Y, BDO and the Underwriters) support the Plan.

[38] SFC filed a version of the Plan in August 2012. Subsequent amendments were made over the following months, leading to further revised versions in October and November 2012, and a final version dated December 3, 2012 which was voted on and approved at the meeting. Further amendments were made to obtain the support of E&Y and the Underwriters. BDO availed itself of those terms on December 5, 2012.

[39] The current form of the Plan does not settle the Class Action Claims. However, the Plan does contain terms that would be engaged if certain conditions are met, including if the class action settlement with E&Y receives court approval.

[40] Affected Creditors with proven claims are entitled to receive distributions under the Plan of (i) Newco Shares, (ii) Newco notes in the aggregate principal amount of U.S. \$300 million that are secured and guaranteed by the subsidiary guarantors (the “Newco Notes”), and (iii) Litigation Trust Interests.

[41] Affected Creditors with proven claims will be entitled under the Plan to: (a) their *pro rata* share of 92.5% of the Newco Shares with early consenting noteholders also being entitled to their *pro rata* share of the remaining 7.5% of the Newco Shares; and (b) their *pro rata* share of the Newco Notes. Affected Creditors with proven claims will be concurrently entitled to their *pro rata* share of 75% of the Litigation Trust Interests; the Noteholder Class Action Claimants will be entitled to their *pro rata* share of the remaining 25% of the Litigation Trust Interests.

[42] With respect to the indemnified Noteholder Class Action Claims, these relate to claims by former noteholders against third parties who, in turn, have alleged corresponding indemnification claims against SFC. The Class Action Plaintiffs have agreed that the aggregate

amount of those former noteholder claims will not exceed the Indemnified Noteholder Class Action Limit of \$150 million. In turn, indemnification claims of Third Party Defendants against SFC with respect to indemnified Noteholder Class Action Claims are also limited to the \$150 million Indemnified Noteholder Class Action Limit.

[43] The Plan includes releases for, among others, (a) the subsidiary; (b) the Underwriters' liability for Noteholder Class Action Claims in excess of the Indemnified Noteholder Class Action Limit; (c) E&Y in the event that all of the preconditions to the E&Y settlement with the Ontario Class Action plaintiffs are met; and (d) certain current and former directors and officers of SFC (collectively, the "Named Directors and Officers"). It was emphasized that non-released D&O Claims (being claims for fraud or criminal conduct), conspiracy claims and section 5.1 (2) D&O Claims are not being released pursuant to the Plan.

[44] The Plan also contemplates that recovery in respect of claims of the Named Directors and Officers of SFC in respect of any section 5.1 (2) D&O Claims and any conspiracy claims shall be directed and limited to insurance proceeds available from SFC's maintained insurance policies.

[45] The meeting was carried out in accordance with the provisions of the Plan Filing and Meeting Order and that the meeting materials were sent to stakeholders in the manner required by the Plan Filing and Meeting Order. The Plan supplement was authorized and distributed in accordance with the Plan Filing and Meeting Order.

[46] The meeting was ultimately held on December 3, 2012 and the results of the meeting were as follows:

(a) the number of voting claims that voted on the Plan and their value for and against the Plan;

(b) The results of the Meeting were as follows:

a. the number of Voting Claims that voted on the Plan and their value for and against the Plan:

	Number of Votes	%	Value of Votes	%
Total Claims Voting For	250	98.81%	\$ 1,465,766,204	99.97%
Total Claims Voting Against	3	1.19%	\$ 414,087	0.03%
Total Claims Voting	253	100.00%	\$ 1,466,180,291	100.00%

b. the number of votes for and against the Plan in connection with Class Action Indemnity Claims in respect of Indemnified Noteholder Class Action Claims up to the Indemnified Noteholder Limit:

	Vote For	Vote Against	Total Votes
Class Action Indemnity Claims	4	1	5

- c. the number of Defence Costs Claims votes for and against the Plan and their value:

	Number of Votes	%	Value of Votes	%
Total Claims Voting For	12	92.31%	\$ 8,375,016	96.10%
Total Claims Voting Against	1	7.69%	\$ 340,000	3.90%
Total Claims Voting	13	100.00%	\$ 8,715,016	100.00%

- d. the overall impact on the approval of the Plan if the count were to include Total Unresolved Claims (including Defence Costs Claims) and, in order to demonstrate the "worst case scenario" if the entire \$150 million of the Indemnified Noteholder Class Action Limit had been voted a "no" vote (even though 4 of 5 votes were "yes" votes and the remaining "no" vote was from BDO, who has now agreed to support the Plan):

	Number of Votes	%	Value of Votes	%
Total Claims Voting For	263	98.50%	\$ 1,474,149,082	90.72%
Total Claims Voting Against	4	1.50%	\$ 150,754,087	9.28%
Total Claims Voting	267	100.00%	\$ 1,624,903,169	100.00%

[47] E&Y has now entered into a settlement ("E&Y Settlement") with the Ontario plaintiffs and the Quebec plaintiffs, subject to several conditions and approval of the E&Y Settlement itself.

[48] As noted in the endorsement dated December 10, 2012, which denied the Funds' adjournment request, the E&Y Settlement does not form part of the Sanction Order and no relief is being sought on this motion with respect to the E&Y Settlement. Rather, section 11.1 of the Plan contains provisions that provide a framework pursuant to which a release of the E&Y claims under the Plan will be effective if several conditions are met. That release will only be granted if all conditions are met, including further court approval.

[49] Further, SFC's counsel acknowledges that any issues relating to the E&Y Settlement, including fairness, continuing discovery rights in the Ontario Class Action or Quebec Class Action, or opt out rights, are to dealt with at a further court-approval hearing.

Law and Argument

[50] Section 6(1) of the CCAA provides that courts may sanction a plan of compromise if the plan has achieved the support of a majority in number representing two-thirds in value of the creditors.

[51] To establish the court's approval of a plan of compromise, the debtor company must establish the following:

- (a) there has been strict compliance with all statutory requirements and adherence to previous orders of the court;

(b) nothing has been done or purported to be done that is not authorized by the CCAA;
and

(c) the plan is fair and reasonable.

(See *Re Canadian Airlines Corporation*, 2000 ABQB 442, leave to appeal denied, 2000 ABCA 238, aff'd 2001 ABCA 9, leave to appeal to SCC refused July 21, 2001, [2001] S.C.C.A. No. 60 and *Re Nelson Financial Group Limited*, 2011 ONSC 2750, 79 C.B.R. (5th) 307).

[52] SFC submits that there has been strict compliance with all statutory requirements.

[53] On the initial application, I found that SFC was a “debtor company” to which the CCAA applies. SFC is a corporation continued under the *Canada Business Corporations Act* (“CBCA”) and is a “company” as defined in the CCAA. SFC was “reasonably expected to run out of liquidity within a reasonable proximity of time” prior to the Initial Order and, as such, was and continues to be insolvent. SFC has total claims and liabilities against it substantially in excess of the \$5 million statutory threshold.

[54] The Notice of Creditors’ Meeting was sent in accordance with the Meeting Order and the revised Noteholder Mailing Process Order and, further, the Plan supplement and the voting procedures were posted on the Monitor’s website and emailed to each of the ordinary Affected Creditors. It was also delivered by email to the Trustees and DTC, as well as to Globic who disseminated the information to the Registered Noteholders. The final version of the Plan was emailed to the Affected Creditors, posted on the Monitor’s website, and made available for review at the meeting.

[55] SFC also submits that the creditors were properly classified at the meeting as Affected Creditors constituted a single class for the purposes of considering the voting on the Plan. Further, and consistent with the Equity Claims Decision, equity claimants constituted a single class but were not entitled to vote on the Plan. Unaffected Creditors were not entitled to vote on the Plan.

[56] Counsel submits that the classification of creditors as a single class in the present case complies with the commonality of interests test. See *Re Canadian Airlines Corporation*.

[57] Courts have consistently held that relevant interests to consider are the legal interests of the creditors hold *qua* creditor in relationship to the debtor prior to and under the plan. Further, the commonality of interests should be considered purposively, bearing in mind the object of the CCAA, namely, to facilitate reorganizations if possible. See *Stelco Inc.* (2005), 78 O.R. (3d) 241 (Ont. C.A.), *Re Canadian Airlines Corporation*, and *Re Nortel Networks Corporation* (2009) O.J. No. 2166 (Ont. S.C.). Further, courts should resist classification approaches that potentially jeopardize viable plans.

[58] In this case, the Affected Creditors voted in one class, consistent with the commonality of interests among Affected Creditors, considering their legal interests as creditors. The classification was consistent with the Equity Claims Decision.

[59] I am satisfied that the meeting was properly constituted and the voting was properly carried out. As described above, 99% in number, and more than 99% in value, voting at the meeting favoured the Plan.

[60] SFC's counsel also submits that SFC has not taken any steps unauthorized by the CCAA or by court orders. SFC has regularly filed affidavits and the Monitor has provided regular reports and has consistently opined that SFC is acting in good faith and with due diligence. The court has so ruled on this issue on every stay extension order that has been granted.

[61] In *Nelson Financial*, I articulated relevant factors on the sanction hearing. The following list of factors is similar to those set out in *Re Canwest Global Communications Corporation*, 2010 ONSC 4209, 70 C.B.R. (5th) 1:

1. The claims must have been properly classified, there must be no secret arrangements to give an advantage to a creditor or creditor; the approval of the plan by the requisite majority of creditors is most important;
2. It is helpful if the Monitor or some other disinterested person has prepared an analysis of anticipated receipts and liquidation or bankruptcy;
3. If other options or alternatives have been explored and rejected as workable, this will be significant;
4. Consideration of the oppression rights of certain creditors; and
5. Unfairness to shareholders.
6. The court will consider the public interest.

[62] The Monitor has considered the liquidation and bankruptcy alternatives and has determined that it does not believe that liquidation or bankruptcy would be a preferable alternative to the Plan. There have been no other viable alternatives presented that would be acceptable to SFC and to the Affected Creditors. The treatment of shareholder claims and related indemnity claims are, in my view, fair and consistent with CCAA and the Equity Claims Decision.

[63] In addition, 99% of Affected Creditors voted in favour of the Plan and the Ad Hoc Securities Purchasers Committee have agreed not to oppose the Plan. I agree with SFC's submission to the effect that these are exercises of those parties' business judgment and ought not to be displaced.

[64] I am satisfied that the Plan provides a fair and reasonable balance among SFC's stakeholders while simultaneously providing the ability for the Sino-Forest business to continue as a going concern for the benefit of all stakeholders.

[65] The Plan adequately considers the public interest. I accept the submission of counsel that the Plan will remove uncertainty for Sino-Forest's employees, suppliers, customers and other stakeholders and provide a path for recovery of the debt owed to SFC's non-subordinated creditors. In addition, the Plan preserves the rights of aggrieved parties, including SFC through the Litigation Trust, to pursue (in litigation or settlement) those parties that are alleged to share some or all of the responsibility for the problems that led SFC to file for CCAA protection. In addition, releases are not being granted to individuals who have been charged by OSC staff, or to other individuals against whom the Ad Hoc Securities Purchasers Committee wishes to preserve litigation claims.

[66] In addition to the consideration that is payable to Affected Creditors, Early Consent Noteholders will receive their *pro rata* share of an additional 7.5% of the Newco Shares ("Early Consent Consideration"). Plans do not need to provide the same recovery to all creditors to be considered fair and reasonable and there are several plans which have been sanctioned by the courts featuring differential treatment for one creditor or one class of creditors. See, for example, *Canwest Global* and *Re Armbro Enterprises Inc.* (1993), 22 C.B.R. (3d) 80 (Ont. Gen. Div.). A common theme permeating such cases has been that differential treatment does not necessarily result in a finding that the Plan is unfair, as long as there is a sufficient rational explanation.

[67] In this case, SFC's counsel points out that the Early Consent Consideration has been a feature of the restructuring since its inception. It was made available to any and all noteholders and noteholders who wished to become Early Consent Noteholders were invited and permitted to do so until the early consent deadline of May 15, 2012. I previously determined that SFC made available to the noteholders all information needed to decide whether they should sign a joinder agreement and receive the Early Consent Consideration, and that there was no prejudice to the noteholders in being put to that election early in this proceeding.

[68] As noted by SFC's counsel, there was a rational purpose for the Early Consent Consideration. The Early Consent Noteholders supported the restructuring through the CCAA proceedings which, in turn, provided increased confidence in the Plan and facilitated the negotiations and approval of the Plan. I am satisfied that this feature of the Plan is fair and reasonable.

[69] With respect to the Indemnified Noteholder Class Action Limit, I have considered SFC's written submissions and accept that the \$150 million agreed-upon amount reflects risks faced by both sides. The selection of a \$150 million cap reflects the business judgment of the parties making assessments of the risk associated with the noteholder component of the Ontario Class Action and, in my view, is within the "general range of acceptability on a commercially reasonable basis". See *Re Ravelston Corporation*, (2005) 14 C.B.R. (5th) 207 (Ont. S.C). Further, as noted by SFC's counsel, while the New York Class Action Plaintiffs filed a proof of claim, they have not appeared in this proceeding and have not stated any opposition to the Plan, which has included this concept since its inception.

[70] Turning now to the issue of releases of the Subsidiaries, counsel to SFC submits that the unchallenged record demonstrates that there can be no effective restructuring of SFC's business and separation from its Canadian parent if the claims asserted against the Subsidiaries arising out of or connected to claims against SFC remain outstanding. The Monitor has examined all of the releases in the Plan and has stated that it believes that they are fair and reasonable in the circumstances.

[71] The Court of Appeal in *ATB Financial v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corporation*, 2008 ONCA 587, 45 C.B.R. (5th) 163 stated that the "court has authority to sanction plans incorporating third party releases that are reasonably related to the proposed restructuring".

[72] In this case, counsel submits that the release of Subsidiaries is necessary and essential to the restructuring of SFC. The primary purpose of the CCAA proceedings was to extricate the business of Sino-Forest, through the operation of SFC's Subsidiaries (which were protected by the Stay of Proceedings), from the cloud of uncertainty surrounding SFC. Accordingly, counsel submits that there is a clear and rational connection between the release of the Subsidiaries in the Plan. Further, it is difficult to see how any viable plan could be made that does not cleanse the Subsidiaries of the claims made against SFC.

[73] Counsel points out that the Subsidiaries who are to have claims against them released are contributing in a tangible and realistic way to the Plan. The Subsidiaries are effectively contributing their assets to SFC to satisfy SFC's obligations under their guarantees of SFC's note indebtedness, for the benefit of the Affected Creditors. As such, counsel submits the releases benefit SFC and the creditors generally.

[74] In my view, the basis for the release falls within the guidelines previously set out by this court in *ATB Financial, Re Nortel Networks*, 2010 ONSC 1708, and *Re Kitchener Frame Limited*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274. Further, it seems to me that the Plan cannot succeed without the releases of the Subsidiaries. I am satisfied that the releases are fair and reasonable and are rationally connected to the overall purpose of the Plan.

[75] With respect to the Named Directors and Officers release, counsel submits that this release is necessary to effect a greater recovery for SFC's creditors, rather than having those directors and officers assert indemnity claims against SFC. Without these releases, the quantum of the unresolved claims reserve would have to be materially increased and, to the extent that any such indemnity claim was found to be a proven claim, there would have been a corresponding dilution of consideration paid to Affected Creditors.

[76] It was also pointed out that the release of the Named Directors and Officers is not unlimited; among other things, claims for fraud or criminal conduct, conspiracy claims, and section 5.1 (2) D&O Claims are excluded.

[77] I am satisfied that there is a reasonable connection between the claims being compromised and the Plan to warrant inclusion of this release.

[78] Finally, in my view, it is necessary to provide brief comment on the alternative argument of the Funds, namely, the Plan be altered so as to remove Article 11 “Settlement of Claims Against Third Party Defendants”. The Plan was presented to the meeting with Article 11 in place. This was the Plan that was subject to the vote and this is the Plan that is the subject of this motion. The alternative proposed by the Funds was not considered at the meeting and, in my view, it is not appropriate to consider such an alternative on this motion.

Disposition

[79] Having considered the foregoing, I am satisfied that SFC has established that:

- (i) there has been strict compliance with all statutory requirements and adherence to the previous orders of the court;
- (ii) nothing has been done or purported to be done that is not authorized by the CCAA; and
- (iii) the Plan is fair and reasonable.

[80] Accordingly, the motion is granted and the Plan is sanctioned. An order has been signed substantially in the form of the draft Sanction Order.

MORAWETZ J.

Date: December 12, 2012

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF **JTI-MACDONALD CORP.**

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF **IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITED AND IMPERIAL TOBACCO COMPANY LIMITED**

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF **ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.**

Court File No. CV-19-615862-00CL

Court File No. CV-19-616077-00CL

Court File No. CV-19-616779-00CL

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST**

PROCEEDING COMMENCED AT
TORONTO

**JOINT BOOK OF AUTHORITIES OF THE IMPERIAL AND RBH MONITORS
Motions for Sanction Orders and
CCAA Plan Administrator Appointment Orders
(Returnable commencing January 29, 2025)**

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
155 Wellington Street West
Toronto, ON M5V 3J7

Natasha MacParland (LSO# 42383G)
Email: nmacparland@dwpv.com
Chanakya A. Sethi (LSO# 63492T)
Email: csethi@dwpv.com
Lawyers for the Imperial Monitor

CASSELS BROCK & BLACKWELL LLP
40 Temperance Street – Suite 3200
Toronto, ON M5H 0B4

Shayne Kukulowicz (LSO# 30729S)
Email: skukulowicz@cassels.com
Monique Sassi (LSO# 63638L)
Email: msassi@cassels.com
Lawyers for the RBH Monitor