

# Indalex: CAIRP's Submission Before the Supreme Court of Canada



By Éric Vallières, Alexandre Forest and Hon. Yoine Goldstein, AdE

On May 9, 2012, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals (“CAIRP”) submitted its Factum to the Supreme Court of Canada (“SCC”), in its capacity as an intervener in the matter of *Sun Indalex Finance, LLC, et al. v. United Steelworkers, et al.*

The case is an appeal from a decision of the Ontario Court of Appeal (“ONCA”). On April 7, 2011, the ONCA rendered a decision in the restructuring proceedings of Indalex Limited (“Indalex”) under the *Companies' Creditors Arrangement Act* (“CCAA”). The decision had significant implications for the credit market in Canada and for businesses with Ontario regulated defined benefit pension plans.

The Insolvency Institute of Canada (“IIC”) and the Canadian Bankers Association (“CBA”) also submitted their Factums as interveners and both took the same stand as CAIRP on the merits of the case: the ONCA's decision should not be upheld by the SCC. Other interveners include the Superintendent of Financial Services, the Canadian Labour Congress and the Canadian Federation of Pensioners.

On June 5, 2012, the SCC heard the matter.

## Key Facts

Indalex was the sponsor and administrator of two underfunded defined benefit pension plans.

Shortly after its CCAA filing, Indalex obtained DIP financing secured by a super priority court-ordered charge. The DIP Order provided that the charge ranked in priority to all other claims. Indalex's U.S. parent guaranteed the obligations of Indalex under the DIP.

Following the sale of the assets, the proceeds obtained were insufficient to repay the DIP lenders in full and Indalex's U.S. parent paid the shortfall pursuant to its guarantee, thereby becoming subrogated to the rights of the DIP lenders. Shortly thereafter, the Court was asked to determine if the funds reserved after the sale of assets should indeed be used to (1) cure the pension plan deficiencies; or (2) be released to the U.S. parent in payment on the subrogated DIP claim. Consistent with prior non-binding comments made by the ONCA relating to the priority of certain pension claims, the Ontario Superior Court held that such claims should not rank before the DIP Charge. Accordingly, the reserve funds were allocated to Indalex's U.S. parent.

## Ontario Court of Appeal Decision

The ONCA decision is notable for a number of reasons.

- 1) The ONCA refused to release the reserved funds to the U.S. parent in payment for the subrogated DIP claim. The Court did confirm that CCAA courts generally have the appropriate jurisdiction to grant super priorities to DIP lenders over pension claims. However, in order to do so there needs to have been adequate notice and disclosure, as well as explicit recognition of such priority in the court record, both of which were lacking in this case according to the ONCA.
- 2) The ONCA also held that upon the commencement of the winding up of an Ontario regulated defined benefit pension plan, there is a deemed trust prescribed by Section 57(4) of the *Pension Benefits Act* (Ontario) (“PBA”) that secures all amounts owed by the employer, including future special payments and any wind up deficiency. Two types of claims against a debtor/employer were at stake in *Indalex*. The first was for current deductions made from employees' salaries, but not yet remitted. The second, only included in defined benefit plans and known as “amortization payments”

## Indalex: CAIRP's Submission Before the Supreme Court of Canada

or “actuarial deficiencies”, was for the amount of money required to render the plan solvent and able to meet its current and future obligations. The latter can be, and in this case, was, very significant.

The ONCA held that both types of claims were included in the deemed trust, and ranked prior to the DIP Charge.

3) The ONCA also held that the filing by an employer under the CCAA does not trigger bankruptcy priorities and that provincial non-bankruptcy rules continue to apply to the extent that they are not inconsistent with the CCAA.

4) Finally, ONCA accepted the proposition that the U.S. parent was entitled, in principle, to recover the balance of the DIP loan on a subrogated basis. However, the ONCA held that, in this particular case, the subrogated claim did not have priority over the pension trusts, mainly because the initial disclosure and notice given at the time where the DIP loan was granted was now deemed to have been inadequate.

### CAIRP's Factum to the SCC

CAIRP argued that unless the ONCA's decision is overturned by the SCC, the decision will send a powerful signal to restructuring courts across Canada which will undermine the stability and reliability of all CCAA Court ordered charges, including DIP loans as well as Administrative Charges priorities, i.e., the charges that protect the fees and expenses of restructuring professionals.

In the 2009 amendments to the CCAA, Parliament stressed the central role played by restructuring professionals in the restructuring process. The risk associated with protracted litigation over whether the DIP financing and the Administrative Charges should (or should not) take precedence over the pension plan beneficiaries' rights (or indeed the rights of any other stakeholders) could seriously challenge

the orderly process, if not the viability, of restructuring proceedings.

Emphasis was also put on the threat to the harmonization and uniformity of bankruptcy and restructuring statutes in Canada. Indeed, if the SCC was to uphold the ONCA decision, this would frustrate the very goal of the CCAA, being the facilitation of restructuring, and would encourage “statute shopping” as it would become safer, for both DIP lenders and restructuring professionals, to get reliable priorities under the *Bankruptcy and Insolvency Act* instead of the CCAA.

Moreover, in the subsequent Quebec Superior Court decision *White Birch Paper Holding Company*<sup>1</sup>, Justice Robert Mongeon, after a thorough analysis, concluded that the *Indalex* decision has no application in Quebec, while at the same time stressing the importance and significance of Court-ordered super priorities [Ed. Note: see following article discussing this decision in greater detail]. A motion for leave to appeal before the Quebec Court of Appeal was filed recently. In light of this new decision, there is now a serious risk that CCAA Court-ordered priorities could be treated differently in Ontario and Quebec.

### Allies in the Battle

The IIC focused its Submissions on the conclusions of the ONCA concerning the deemed trust of Section 57(4) PBA, arguing that if the SCC would find that this deemed trust includes the entire deficit in a wound up pension plan and enjoys priority under the CCAA, this could lead to a considerably more difficult process for insolvent companies to restructure under the CCAA. In fact, restructuring under the CCAA would then result in unsecured creditors not receiving any distribution until after the claim in respect of the deemed trust has been paid in full.

The IIC then went further and submitted that even if Ontario would

amend the PBA to expressly provide that the deemed trust extends to the entire deficit, such amendment would be ineffective based on both the existing federal insolvency legislation and on the paramountcy doctrine, as it was rightfully and eloquently held by Justice Fish in *Century Services*.<sup>2</sup> Accordingly, the IIC argues that the findings of the ONCA create confusion in the intersection of federal and provincial jurisdiction in insolvency proceedings.

The CBA, for its part, emphasized on the need for legal rules to provide for a reasonable degree of commercial certainty for lenders who provide capital to both healthy and distressed companies.

In relation with lending in general, the CBA noted numerous practical problems resulting from the ONCA's decision, namely, among others, that it is often difficult or impossible to estimate accurately the present or future wind up deficiency in a defined benefit pension plan even with aggressive monitoring.

In the particular context of insolvency, in addition to arguments concerning the irreconcilable conflict between the findings of the ONCA concerning the PBA deemed trust and the decision in *Century Services*, the CBA submitted that banks could no longer rely on the effectiveness of a super priority charge granted by a court ordered in a CCAA proceeding, which may increase credit cost.

### Conclusion

CAIRP strongly believes that the ONCA's decision in *Indalex* is erroneous, that it casts an undesired shadow of uncertainty upon court-ordered super priorities and that it frustrates the intent of Parliament, as well as the policy and underlying principles of the CCAA. CAIRP believes that the *Indalex* decision could even negatively affect the international reputation of the Canadian restructuring system. Both points were forcefully made to the SCC in CAIRP's Submissions. **RS**

<sup>1</sup> 2012 QCCS 1679 (CanLII). The judgment was rendered on April 20, 2012. On May 10, 2012, the workers and pensioners filed a Motion for Leave to Appeal before the Quebec Court of Appeal. The appeal had not been heard as at the date of this article.

<sup>2</sup> *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60 (CanLII) at par. 104-105

# Indalex : Mémoire de l'ACPIR à la Cour suprême du Canada



Par Éric Vallières, Alexandre Forest et l'hon. Yoine Goldstein, AdE

Le 9 mai 2012, l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation (« ACPIR ») a présenté son mémoire à la Cour suprême du Canada (« CSC »), en sa qualité d'intervenante dans l'affaire de *Sun Indalex Finance, LLC, et al. c. United Steelworkers, et al.*

Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour d'appel de l'Ontario (« CAO »). Le 7 avril 2011, la CAO a rendu une décision dans les procédures de restructuration d'Indalex Limited (« Indalex ») en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). Cette décision a eu des répercussions importantes sur le marché du crédit au Canada et pour les entreprises dont les régimes de retraite à prestations déterminées relèvent de la réglementation de l'Ontario.

L'Institut d'insolvabilité du Canada (« IIC ») et l'Association des banquiers canadiens (« ABC ») ont également présenté leurs mémoires et les deux ont pris la même position que l'ACPIR sur le fond de l'affaire : la décision de la CAO ne devait pas être maintenue par la CSC. Parmi les autres intervenants, on comptait le surintendant des services financiers, le Congrès canadien du travail et de la Fédération canadienne des retraités.

La CSC a entendu l'affaire le 5 juin 2012.

## Faits saillants

Indalex était le promoteur et l'administrateur de deux régimes de retraite à prestations déterminées sous-capitalisés.

Peu de temps après son recours à la LACC, Indalex a obtenu une facilité de débiteur-exploitant garantie par une super priorité judiciaire. L'ordonnance prévoyait que cette facilité avait absolument priorité sur toutes les autres créances. La société mère américaine d'Indalex garantissait les obligations de cette dernière en vertu de la facilité de propriétaire-exploitant.

Suite à la vente des actifs, la réalisation obtenue était insuffisante pour rembourser intégralement les créanciers de la facilité de débiteur-exploitant et la société mère a payé la différence en vertu de sa garantie, devenant ainsi subrogée aux droits des créanciers. Peu de temps après, la Cour a été appelée à déterminer si les fonds réservés après la vente d'actifs devaient en effet être utilisés pour (1) pallier les insuffisances des régimes de retraite, ou (2) être rendus à la société mère. Conformément aux observations non contraignantes formulées par la CAO relativement à la priorité de certaines créances du régime de retraite, la Cour supérieure de l'Ontario a statué que de telles revendications ne devaient pas primer sur la facilité de débiteur-exploitant. En conséquence, les fonds de réserve ont été alloués à la société mère.

## Verdict de la Cour d'appel de l'Ontario

La décision de la CAO est remarquable pour un certain nombre de raisons.

1) La CAO a refusé d'autoriser le versement des fonds réservés à la société mère en remboursement de la créance subrogatoire. La Cour a confirmé qu'en vertu de la LACC, les tribunaux avaient généralement la juridiction appropriée pour accorder la super priorité aux créanciers d'une facilité de débiteur-exploitant. Pour ce faire, toutefois, il faut avoir signifié un préavis suffisant ainsi que la reconnaissance explicite de cette super priorité dans le dossier de la cour, conditions non remplies dans ce dossier selon la CAO.

2) La CAO a également jugé que dès l'ouverture de la liquidation d'un régime de retraite à prestations déterminées relevant de la juridiction de l'Ontario, se constitue implicitement une fiducie prescrite par l'article 57 (4) de la *Loi sur les pensions* (Ontario) qui sécurise tous les montants dus par l'employeur, y compris les paiements spéciaux futurs ainsi que tout déficit de liquidation.

Deux types de réclamations contre le débiteur/employeur étaient en jeu dans *Indalex*. La première avait trait aux prélèvements effectués sur les salaires des employés, mais non encore remis.

## Indalex : Mémoire de l'ACPIR à la Cour suprême du Canada

La seconde, seulement incluse dans les régimes à prestations définies et connue comme des « paiements d'amortissement » ou « déficits actuariels », avait trait au montant d'argent nécessaire pour rendre le régime solvable. Celui-ci peut être très important et il l'était effectivement.

La CAO a jugé que les deux types de créances étaient inclus dans la fiducie et passaient avant la facilité de débiteur-exploitant.

3) La CAO a également jugé que le dépôt effectué par un employeur en vertu de la LACC ne déclenchait pas les priorités de faillite et que les règles provinciales de non-faillite continuaient de s'appliquer dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec la LACC.

4) Enfin, la CAO a reconnu que la société mère américaine avait le droit, en principe, de récupérer le solde de la facilité de débiteur-exploitant sur une base subrogatoire. Toutefois, la CAO a jugé que, dans ce cas particulier, le recours subrogatoire n'avait pas la priorité sur les fiducies de retraite, principalement en raison de l'insuffisance de la divulgation initiale et de l'avis signifié au moment où la facilité avait été accordée.

### Mémoire de l'ACPIR à la CSC

L'ACPIR a fait valoir que le maintien par la CSC du jugement de la CAO enverrait un puissant signal aux tribunaux de restructuration à travers le Canada, compromettant ainsi la stabilité et la fiabilité de toutes les charges judiciaires ordonnées en vertu de la LACC, y compris les facilités de débiteur-exploitant ainsi que les charges administratives qui protègent les honoraires et frais des professionnels de la réorganisation.

Dans les modifications apportées en 2009 à la LACC, le Parlement a souligné le rôle central joué par les professionnels de la réorganisation. Le risque associé à de longs procès pour savoir si les facilités de débiteur-exploitant et les frais administratifs doivent (ou non) l'emporter sur les droits des bénéficiaires des régimes de retraite (voire les droits de toutes les autres parties prenantes)

pourrait sérieusement remettre en question le déroulement ordonné, voire la viabilité, de la procédure de réorganisation.

L'accent a été mis également sur la menace à l'harmonisation et à l'uniformité des lois de faillite et de réorganisation au Canada. En effet, si la CSC avait confirmé la décision de la CAO, elle aurait ainsi contrarié l'objectif même de la LACC, soit la facilitation de la restructuration, et aurait encouragé le « magasinage de lois » car il serait devenu plus sûr, pour les prêteurs et les professionnels de la réorganisation, d'obtenir des priorités fiables en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* au lieu de la LACC.

En outre, dans la décision subséquente de la Cour supérieure du Québec *Société White Birch Paper Holding*<sup>1</sup>, Le juge Robert Mongeon, après une analyse approfondie, a conclu que le jugement *Indalex* n'avait pas d'application au Québec, tout en soulignant en même temps l'importance et la signification des super priorités judiciaires. (Note de l'éditeur: vous référer à l'article suivant pour plus de détails sur la décision.) Une motion en autorisation d'interjeter appel devant la Cour d'appel du Québec a été déposée récemment. À la lumière de ce nouveau jugement, il y a maintenant un risque sérieux que les priorités judiciaires imposées en vertu de la LACC puissent être traitées différemment en Ontario et au Québec.

### Alliés dans la bataille

L'IIS a concentré ses observations sur les conclusions de la CAO concernant la fiducie réputée en vertu de l'article 57(4) de la Loi sur les pensions, en faisant valoir que la CSC pourrait compliquer la réorganisation des entreprises en vertu de la LACC si elle déterminait que cette fiducie réputée comprend la totalité du déficit dans la liquidation d'un régime de retraite et bénéficie d'une priorité en vertu de cette même LACC. En fait, cette restructuration produirait des créanciers non garantis qui ne recevraient aucune distribution avant que la créance ayant trait à la fiducie réputée ait été réglée intégralement.

L'IIS est allé plus loin et a fait valoir que, même si l'Ontario modifiait la Loi sur les pensions de manière à prévoir expressément que la fiducie réputée s'étend à la totalité du déficit, une telle modification serait inopérante en fonction à la fois de la loi fédérale sur l'insolvabilité et de la doctrine de la prépondérance, comme elle avait été maintenue à juste titre par le juge Fish dans le dossier de *Century Services*.<sup>2</sup> En conséquence, l'IIS a fait valoir que les conclusions de la CAO créaient une confusion dans l'intersection de la compétence fédérale et provinciale dans une procédure d'insolvabilité.

L'ABC, pour sa part, a mis l'accent sur la nécessité de règles juridiques pour assurer un degré raisonnable de certitude commerciale pour les prêteurs qui fournissent des capitaux aux entreprises saines ou en détresse.

En relation avec les prêts en général, l'ABC a noté de nombreux problèmes pratiques résultant de la décision de la CAO, à savoir, entre autres, qu'il est souvent difficile, voire impossible d'estimer avec précision le déficit de liquidation actuel ou futur d'un régime de retraite à prestations déterminées, même avec une surveillance très vigilante.

Dans le contexte particulier de l'insolvabilité, en plus des arguments concernant le conflit irréconciliable entre les jugements de la CAO concernant la fiducie réputée et le jugement de *Century Services*, l'ABC a fait valoir que les banques ne pouvaient plus compter sur l'efficacité d'une super priorité accordée par un tribunal dans une procédure de la LACC, ce qui peut augmenter le coût du crédit.

### Conclusion

L'ACPIR croit fermement que le jugement de la CAO dans *Indalex* est erroné, qu'il jette une ombre d'incertitude sur les priorités imposées par les tribunaux et qu'il frustre l'intention du Parlement, ainsi que la politique et les principes sous-jacents de la LACC. L'ACPIR estime que le jugement *Indalex* pourrait même nuire à la réputation internationale du système de réorganisation canadien. Ces deux points ont été défendus avec vigueur dans le mémoire de l'ACPIR à la CSC. **RS**

<sup>1</sup> 2012 QCCS 1679 (CanLII). Le jugement a été rendu le 20 avril 2012. Le 10 mai 2012, les travailleurs et les retraités ont déposé une motion en autorisation d'interjeter appel devant la Cour d'appel du Québec. En date de publication de cet article, l'Appel n'a pas été entendu.

<sup>2</sup> *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60 (CanLII) au par. 104-105