



Second Session
Thirty-seventh Parliament, 2002-03

SENATE OF CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

Banking, Trade and Commerce

Chair:

The Honourable RICHARD H. KROFT

Wednesday, September 24, 2003
Thursday, September 25, 2003

Issue No. 25

Tenth and eleventh meetings on:

The examination on the administration and operation
of the Bankruptcy and Insolvency and the
Companies' Creditors Arrangement Act

INCLUDING:

THE THIRTEENTH REPORT OF THE COMMITTEE
(Requests approval for additional funds for 2003-2004)

WITNESSES:

(See back cover)

Deuxième session de la
trente-septième législature, 2002-2003

SÉNAT DU CANADA

*Délibérations du Comité
sénatorial permanent des*

Banques et du commerce

Président:

L'honorable RICHARD H. KROFT

Le mercredi 24 septembre 2003
Le jeudi 25 septembre 2003

Fascicule n° 25

Dixième et onzième réunions concernant:

L'étude sur l'application de la Loi sur la faillite et
l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements
avec les créanciers des compagnies

Y COMPRIS:

LE TREIZIÈME RAPPORT DU COMITÉ
(Demande de fonds additionnels pour 2003-2004)

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
BANKING, TRADE AND COMMERCE

The Honourable Richard H. Kroft, *Chair*

The Honourable David Tkachuk, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Angus Biron	Kolber
* Carstairs, P.C.	* Lynch-Staunton
(or Robichaud, P.C.)	(or Kinsella)
Fitzpatrick	Massicotte
Hervieux-Payette, P.C.	Moore
Kelleher, P.C.	Oliver
	Prud'homme, P.C.
* <i>Ex Officio Members</i>	
(Quorum 4)	

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
BANQUES ET DU COMMERCE

Président: L'honorable Richard H. Kroft

Vice-président: L'honorable David Tkachuk

et

Les honorables sénateurs:

Angus Biron	Kolber
* Carstairs, c.p.	* Lynch-Staunton
(ou Robichaud, c.p.)	(ou Kinsella)
Fitzpatrick	Massicotte
Hervieux-Payette, c.p.	Moore
Kelleher, c.p.	Oliver
	Prud'homme, c.p.
* <i>Membres d'office</i>	
(Quorum 4)	

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Wednesday, September 24, 2003
(41)

[English]

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce met this day at 6:25 p.m., in room 505, Victoria Building, the Chair, the Honourable Richard H. Kroft, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Angus, Biron, Hervieux-Payette, P.C., Kelleher, P.C., Kroft, Massicotte, Moore and Oliver (8).

In attendance: From the Economic Division, Parliamentary Research Branch, Library of Parliament: Ms. June Dewetering, Acting Principal Division and Mr. Yoine Goldstein, Counsel to the Committee.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Tuesday, October 29, 2002, the committee continued its examination of the administration and operation of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act.

WITNESSES:

From the Intellectual Property Institute of Canada:

Mr. John Baker, Immediate Past President;

Mr. Warren Sprigings, Chairman of the Licensing Committee;

Mr. Rodney Kyle, Member of the Licensing Committee;

Mr. Michel Gérin, General Director.

From the Personal Insolvency Task Force:

Mr. Saul Schwartz, School of Public Policy and Administration, Carleton University;

Mr. Dave Stewart, Special Project Leader, Office of the Superintendent of Bankruptcies;

Mrs. Guylaine Houle, Litwin Boyadjian Inc.

Mr. Baker and Mr. Sprigings made a statement and with the other witnesses from the Intellectual Property Institute of Canada answered questions.

Mr. Schwartz and Mrs. Houle made a statement and with Mr. Stewart answered questions.

At 8:00 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

PROCÈS-VERBAUX

OTTAWA, le mercredi 24 septembre 2003
(41)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui, à 18 h 25, dans la pièce 505 de l'édifice Victoria, sous la présidence de l'honorable Richard H. Kroft (*président*).

Membres du comité présents: Les honorables sénateurs Angus, Biron, Hervieux-Payette, c.p., Kelleher, c.p., Kroft, Massicotte, Moore et Oliver (8).

Également présents: De la Division de l'économie, Direction de la recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement: Mme June Dewetering, chef intérimaire de la division, et M. Yoine Goldstein, conseiller juridique du comité.

En conformité avec l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 29 octobre 2002, le comité poursuit son examen de l'application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

TÉMOINS:

De l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada:

M. John Baker, président sortant;

M. Warren Sprigings, président du Comité des licences;

M. Rodney Kyle, membre du Comité des licences;

M. Michel Guérin, directeur général.

Du Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle:

M. Saul Schwartz, École des politiques publiques et de l'administration, Université de Carleton;

M. Dave Stewart, chef des projets spéciaux, Bureau du surintendant des faillites;

Mme Guylaine Houle, Litwin Boyadjian inc.

MM. Baker et Sprigings font une déclaration puis, avec l'aide des autres témoins de l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada, répondent aux questions.

M. Schwartz et Mme Houle font une déclaration puis, avec l'aide de M. Stewart, répondent aux questions.

À 20 heures, le comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ:

OTTAWA, Thursday, September 25, 2003
(42)

[English]

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce met this day at 11:05 a.m., in room 505, Victoria Building, the Chair, the Honourable Richard H. Kroft, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Biron, Kelleher, P.C., Kroft, Massicotte, Moore and Oliver (6).

In attendance: From the Economic Division, Parliamentary Research Branch, Library of Parliament: Ms. June Dewetering, Acting Principal Division and Mr. Yoine Goldstein, Counsel to the Committee.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Tuesday, October 29, 2002, the committee continued its examination of the administration and operation of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act.

WITNESSES:

As a panel:

David E. Baird, Q.C., Counsel, Torys LLP;

Max Mendelsohn, Chairman of the Firm and Head of the Reorganizations & Insolvency Group of Mendelsohn, G.P.;

Jean-Claude Delorme, Chairman of the Management Advisory Board of the Office of the Superintendent of Bankruptcies.

Mr. Baird, Mr. Mendelsohn and Mr. Delorme made statement and answered questions.

At 1:05 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

OTTAWA, le jeudi 25 septembre 2003
(42)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui, à 11 h 05, dans la pièce 505 de l'édifice Victoria, sous la présidence de l'honorable Richard H. Kroft (*président*).

Membres du comité présents: Les honorables sénateurs Biron, Kelleher, c.p., Kroft, Massicotte, Moore et Oliver (6).

Étaient présents: De la Division de l'économie, Direction de la recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement: Mme June Dewetering, chef intérimaire de la division, et M. Yoine Goldstein, conseiller juridique du comité.

En conformité avec l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 29 octobre 2002, le comité poursuit son examen de l'application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

TÉMOINS:

En table ronde:

David E. Baird, c.r., avocat, Torys LLP;

Max Mendelsohn, président du cabinet et chef du groupe des réorganisations et de l'insolvabilité de Mendelsohn, s.e.n.c.;

Jean-Claude Delorme, président du Conseil consultatif de gestion du Bureau du surintendant des faillites.

MM. Baird, Mendelsohn et Delorme font une déclaration, puis répondent aux questions.

À 13 h 05, le comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ:

Le greffier du comité,

Denis Robert

Clerk of the Committee

REPORT OF THE COMMITTEE

Thursday, September 25, 2003

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce has the honour to present its

THIRTEENTH REPORT

Your Committee, which was authorized by the Senate on Tuesday, October 29, 2002, to examine and report on the administration and operation of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*; respectfully requests approval of additional funds for 2003-2004.

Pursuant to Section 2:07 of the *Procedural Guidelines for the Financial Operation of Senate Committees*, the budget submitted to the Standing Committee on Internal Economy, Budgets and Administration and the report thereon of that Committee are appended to this report.

Respectfully submitted,

Le président,

RICHARD H. KROFT

Chair

RAPPORT DU COMITÉ

Le jeudi 25 septembre 2003

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a l'honneur de présenter son

TREIZIÈME RAPPORT

Votre Comité, qui a été autorisé par le Sénat le mardi, 29 octobre 2002 à étudier, afin d'en faire rapport, sur l'application de la *Loi sur faillite et l'insolvabilité* et *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*; demande respectueusement, que des fonds additionnels lui soient approuvés pour 2003-2004.

Conformément à l'article 2:07 des *Directives régissant le financement des Comités du Sénat*, le budget présenté au Comité permanent de la régie interne, des budgets et de l'administration ainsi que le rapport s'y rapportant, sont annexés au présent rapport.

Respectueusement soumis,

STANDING SENATE COMMITTEE ON BANKING, TRADE AND COMMERCE**SPECIAL STUDY — BANKRUPTCY AND INSOLVENCY****APPLICATION FOR BUDGET AUTHORIZATION
FOR THE PERIOD ENDING DECEMBER 18, 2003**

Extract from the *of Journals of the Senate* of October 29, 2002:

The Honourable Senator Kolber moved, seconded by the Honourable Senator Bacon:

That in accordance with the provisions contained in section 216 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and in section 22 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce be authorized to examine and report on the administration and operation of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*; and

That the Committee submit its final report no later than June 19, 2003.

The question being put on the motion, it was adopted.

Extract from the *of Journals of the Senate* of May 15, 2003:

Resuming debate on the motion of the Honourable Senator Kolber, seconded by the Honourable Senator Rompkey, P.C.:

That the date for the presentation by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce of the final report on its study on the administration and operation of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*, which was authorized by the Senate on October 29, 2002, be extended to Thursday, December 18, 2003.

After debate,

The question being put on the motion, it was adopted.

Paul C. Bélisle

Clerk of the Senate

SUMMARY OF EXPENDITURES

Professional & Other Services	\$ 35,000
Transportation and communications	0
Other Expenditures	0
TOTAL	\$ 35,000

The Standing Committee on Banking, Trade and Commerce approved the above budget on _____

The undersigned or an alternate will be in attendance on the date that this Budget is considered.

Date

Chair, Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce

Date

Chairman, Standing Senate Committee on Internal Economy,
Budgets and Administration

EXPLANATION OF BUDGET ITEMS**PROFESSIONAL AND SPECIAL SERVICES**

1. Expert consultants		
Mr. Yoine Goldstein	\$ 35,000	
Subtotal		\$ 35,000

TRANSPORTATION AND COMMUNICATIONS

Subtotal		0
-----------------	--	----------

ALL OTHER EXPENDITURES

Subtotal		0
-----------------	--	----------

TOTAL		\$ 35,000
--------------	--	------------------

The Senate Administration has reviewed this budget application.

Heather Lank
Director of Committees and Private Legislation

Date

Hélène Lavoie
Director of Finance

Date

COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES BANQUES ET DU COMMERCE
ÉTUDE SPÉCIALE — FAILLITE ET INSOLVABILITÉ

DEMANDE D'AUTORISATION BUDGÉTAIRE
POUR LA PÉRIODE SE TERMINANT LE 18 DÉCEMBRE 2003

Extrait des *Journaux du Sénat* du 29 octobre 2002:

L'honorable sénateur Kolber propose, appuyé par l'honorable sénateur Bacon,

Qu'en conformité avec les mesures contenues dans l'article 216 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et dans l'article 22 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce soit autorisé à étudier et à faire rapport sur l'application de la *Loi sur faillite et l'insolvabilité* et *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*; et

Que le Comité soumette son rapport final au plus tard le 19 juin 2003.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Extrait des *Journaux du Sénat* du 15 mai 2003:

Reprise du débat sur la motion de l'honorable sénateur Kolber, appuyée par l'honorable sénateur Rompkey, c.p.,

Que la date de présentation du rapport final du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce au sujet de son étude sur l'application de la *Loi sur faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, autorisée par le Sénat le 29 octobre 2002, soit reportée au jeudi 18 décembre 2003.

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le greffier du Sénat,

Paul Bélisle

SOMMAIRE DU BUDGET DES DÉPENSES

Services professionnels et autres	35 000 \$
Transport et communications	0
Autres dépenses	0
TOTAL	35 000 \$

Le budget ci-dessus a été approuvé par le Comité des banques et du commerce _____

Le soussigné ou son remplaçant assistera à la séance au cours de laquelle le présent budget sera étudié.

Date

Président, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce

Date

Le président du Comité permanent de la régie intérieure, des budgets et de l'administration

VENTILATION DES TYPES DE DÉPENSES**SERVICES PROFESSIONNELS ET AUTRES**

1. Experts conseil		
M. Yoine Goldstein	35 000 \$	
Sous-total		35 000 \$

TRANSPORTS ET COMMUNICATIONS

Sous-total		0
-------------------	--	----------

AUTRES DÉPENSES

Sous-total		0
-------------------	--	----------

TOTAL		35 000 \$
--------------	--	------------------

L'administration du Sénat a examiné ce budget.

Heather Lank
Directeur des Comités et de la législation privée

Date

Hélène Lavoie
Directrice des Finances

Date

APPENDIX (B) TO THE REPORT

Thursday, September 25, 2003

The Standing Committee on Internal Economy, Budgets and Administration has examined the budget presented to it by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce for the proposed expenditures of the said Committee for the fiscal year ending March 31, 2004 for the purpose of its Special Study on *Bankruptcy and Insolvency*, as authorized by the Senate on Tuesday, October 29, 2002 and Thursday, May 15, 2003. The said budget is as follows:

Professional and Other Services	\$ 35,000
Transportation and Communications	\$ 0
Other Expenditures	\$ <u>0</u>
Total	\$ 35,000

Respectfully submitted,

La présidente,

LISE BACON

Chair

ANNEXE (B) AU RAPPORT

Le jeudi 25 septembre 2003

Le Comité permanent de la régie interne, des budgets et de l'administration a examiné le budget présenté par le Comité sénatorial permanent des Banques et du commerce pour les dépenses projetées dudit Comité pour l'exercice se terminant le 31 mars 2004 aux fins de leur Étude spéciale sur la *faillite et l'insolvabilité*, tel qu'autorisé par le Sénat le mardi 29 octobre 2002 et le jeudi 15 mai 2003. Ledit budget se lit comme suit:

Services professionnels et autres	35,000 \$
Transports et des communications	0
Autres dépenses	<u>0</u>
Total	35,000 \$

Respectueusement soumis,

EVIDENCE

OTTAWA, Wednesday, September 24, 2003

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce met this day at 6:25 p.m. to examine on the administration and operation of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act.

Senator Richard H. Kroft (*Chairman*) in the Chair.

[*English*]

The Chairman: We are here to continue our work on the administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies Creditors Arrangements Act.

Before continuing, I guess everyone is aware of what has been going on. I want to confirm by explanation — not by way of apology, because it was not the doing of any of us — that because of the rules of our house and the debates going and the inability of our committee to legally sit while the house is sitting, it is only in the last few minutes that we got that consent. I do apologize for whatever dislocation this has caused anyone in their schedules.

Senator Angus: Our only comment, chairman, from this side is that we wish you went earlier and asked the house for permission.

The Chairman: We were there. We have been in the house the last hour and a half. It was not possible.

If you have an opening statement or statements, please proceed. I understand that Mr. Baker will be starting. Because of the hour, and because there are others waiting, we will try to be as expeditious as possible, but do not let that restrain you too much.

Mr. John Baker, Immediate Past President, Intellectual Property Institute of Canada: On behalf of the Intellectual Property Institute of Canada, or IPIC, I thank you for allowing us to appear before you. I am John Baker, the immediate past president of the institute, and with me is Warren Sprigings, the chairman of our licensing committee who will be presenting our recommendations. Also present are Rodney Kyle, a member of the same committee, and Michel Gérin, our executive director.

IPIC is a national organization founded in 1926. It now counts over 1,500 members, consisting primarily of patent, trademark and copyright professionals.

Our licensing committee was given the mandate to prepare a report regarding the impact of the Bankruptcy and Insolvency Act on intellectual property licenses with a view to providing a resource for our members and proposing amendments to existing legislation. The 150-page report was completed this summer, so we are fortunate that the timing of our committee's work allows us to present our recommendations in a formal manner.

I will ask Mr. Sprigings to continue.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mercredi 24 septembre 2003

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui, à 18 h 25, afin d'examiner l'application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

Le sénateur Richard H. Kroft: (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président: Nous allons poursuivre l'examen de l'application de la Loi sur la faillite et insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

Avant de commencer, je voudrais vous donner quelques explications sur ce qui s'est passé - pas question ici d'excuses, car nous n'y sommes pour rien. Compte tenu des règles de notre Sénat et des débats en cours ainsi que de l'impossibilité légale pour notre comité de siéger pendant une séance de la Chambre, ce n'est que tout à l'heure que nous avons obtenu le consentement requis. Je suis désolé des perturbations que cette situation a pu causer dans vos horaires respectifs.

Le sénateur Angus: Tout ce que nous avons à dire, monsieur le président, c'est que vous auriez dû demander cette permission plus tôt à la Chambre.

Le président: C'est ce que nous avons fait. Nous venons de passer une heure et demie à la Chambre. Nous ne pouvions pas faire plus vite.

Si vous avez des déclarations préliminaires, c'est le moment de les faire. C'est M. Baker qui va commencer, si je ne m'abuse. Comme il est déjà tard et que d'autres veulent aussi témoigner, nous essayerons de procéder le plus rapidement possible, mais n'abrégez pas vos interventions outre mesure.

M. John Baker, président sortant, Institut de propriété intellectuelle du Canada: Au nom de l'Institut de propriété intellectuelle du Canada (IPIC), je vous remercie de nous permettre de témoigner devant vous aujourd'hui. Mon nom est John Baker et je suis le président sortant de l'Institut. Je suis accompagné de Warren Sprigings, président de notre comité des licences, qui vous présentera nos recommandations. Rodney Kyle, un membre de ce comité, et Michel Gérin, notre directeur général, sont également avec nous.

L'IPIC est une organisation nationale fondée en 1926. L'Institut compte maintenant plus de 1 500 membres, qui sont pour la plupart des professionnels spécialisés en brevets d'invention, marques de commerce et droits d'auteur.

Notre comité des licences a eu pour mandat de préparer un rapport traitant de l'incidence de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité sur les licences en matière de propriété intellectuelle, dans le but de constituer une ressource pour nos membres et de proposer des modifications à la loi actuelle. Le rapport de 150 pages a été terminé cet été, ce qui nous permet de formuler officiellement nos recommandations dès maintenant.

J'invite M. Sprigings à poursuivre.

Mr. Warren Sprigings, Chairman of the Licensing Committee, Intellectual Property Institute of Canada: As chairman of the licensing committee, it is my pleasure to present to you an overview of the recommendations which the committee is proposing to the bankruptcy and insolvency legislation. Before doing so, I would like to make a few preliminary comments.

First, I hope you are not misled by the name of the committee that is presenting this report — the licensing committee. Although our recommendations are focusing on licensing issues, the report itself took a different spin on the issues and is focusing more generally on intellectual property issues as a whole. When I refer to intellectual property issues, I am referring to patent, trademark, copyright and trade secret issues primarily.

The second point I would make is that the committee, when facing this task, took on a non-partisan approach to the project. We did not and are not here as spokespersons for the intellectual property rights holders in Canada. We are here to propose the way which we see this legislation should work in the context of intellectual property rights. In certain instances, that will favour intellectual property holders, and in other instances it will work a disfavoured to them.

The recommendations fall into four main categories. The first is with respect to disclaimer of agreements as a whole, the second is as it pertains to patent issues, the third is copyright issues and the fourth is trademark issues. I will speak to those briefly in turn.

A major issue that must be addressed in the Canadian legislation, and I believe this committee has heard this before, is the trustee's right to disclaim an agreement. Aside from certain specific provisions in the Bankruptcy and Insolvency Act that provide for a specific right of disclaimer, such as in the context of commercial tenancies, the existence of a general right of disclaimer has been left in the hands of the courts to address in Canada. To date, they have done a very unsatisfactory job in defining what right of disclaimer exists and when it should and could be exercised.

A number of jurisdictions have already addressed this issue in their legislation. First and foremost is the United States, which provides that a trustee can disclaim executory contracts. The United Kingdom has a similar provision that permits the disclaimer of onerous property, which is defined in the legislation as including unprofitable contracts. The Australian legislation specifically addresses the right of disclaimer of unprofitable contracts by the trustee in bankruptcy.

Those three jurisdictions have addressed this issue but Canada has yet to do so. It is important that that this right of disclaimer is one of the main issues addressed.

In respect of proposing amendments to the legislation, the committee recommends that the right of disclaimer be limited to unprofitable agreements. That amendment would be consistent with the U.K. approach and the Australian approach, but differ somewhat from the United States' approach. The committee recommends this difference for a number of reasons. First, the

M. Warren Sprigings président du comité des licences, Institut de propriété intellectuelle du Canada: En ma qualité de président du comité des licences, je suis heureux de pouvoir vous présenter un aperçu des recommandations formulées par notre comité relativement à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité. Mais permettez-moi d'abord de faire quelques observations préliminaires.

Premièrement, j'ose espérer que vous ne vous laisserez pas tromper par le nom du comité qui présente ce rapport: le comité des licences. Bien que nos recommandations concernent principalement les licences, le rapport comme tel a adopté une approche différente et traite de façon plus générale des questions touchant la propriété intellectuelle dans son ensemble. Je veux parler essentiellement des brevets d'invention, des marques de commerce, des droits d'auteur et du secret commercial.

Je tiens également à préciser que notre comité s'est attelé à cette tâche en toute impartialité. Nous ne sommes pas ici en tant que porte-parole des titulaires de droits en matière de propriété intellectuelle au Canada. Nous sommes ici pour dire comment nous voudrions que soit articulée la loi dans le contexte de ces droits. Dans certains cas, nos recommandations seront favorables aux titulaires de droits; dans d'autres, elles seront désavantageuses pour eux.

Nos recommandations se divisent en quatre grandes catégories: la résiliation des contrats; les brevets; les droits d'auteur; et les marques de commerce. Je vais vous entretenir brièvement de chacune d'elles.

Je ne suis sans doute pas le premier à en parler devant ce comité: le droit du syndic de résilier des contrats est l'une des questions qui pose le plus de problèmes dans la loi canadienne. Exception faite de certaines dispositions de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité qui prévoient précisément ce droit de résiliation, notamment dans le contexte des locations commerciales, c'est aux tribunaux canadiens qu'il est revenu de trancher sur l'existence d'un droit général de résiliation. Jusqu'à maintenant, leurs décisions n'ont pas permis de déterminer avec précision la teneur des droits de résiliation existants, ni de savoir dans quelle situation ils peuvent et doivent être exercés.

Un certain nombre de pays ont déjà réglé cette question législative. Aux États-Unis, il est ainsi permis à un syndic de résilier des contrats exécutoires. Au Royaume-Uni, une législation semblable permet la résiliation des propriétés à titre onéreux, ce qui inclut selon la loi les contrats désavantageux. La loi australienne accorde aussi aux syndicats de faillite le droit de résilier les contrats désavantageux.

Ces trois pays ont réglé le problème, mais le Canada ne l'a pas encore fait. Il est donc important que ce dossier du droit de résiliation soit traité en priorité.

Pour ce qui est des modifications à apporter à la loi, notre comité recommande que le droit de résiliation s'applique seulement aux contrats désavantageux. Nous irions ainsi dans le sens de l'approche adoptée au Royaume-Uni et en Australie, mais notre démarche s'éloignerait de celle des États-Unis. Notre comité recommande une telle distanciation pour plusieurs raisons. Tout

term 'executory contract' in the United States has been interpreted inconsistently. Such a term used in the Canadian context would create similar problems in terms of determining what is an executory contract versus a non-executory contract.

The *Erin Features* case in Canada highlights that problem. In that case, the Ontario court grappled with whether or not the contract was an executory or a non-executory contract and came out with a decision that was strongly criticized by commentators throughout Canada in terms of its rationale for determining that it was a non-executory contract.

The second recommendation with respect to disclaimers is that there should be a time limit placed on the trustee in bankruptcy in terms of its right to disclaim an agreement and to provide some finality in terms of these bankruptcy proceedings and some opportunity for the rights holders to determine where they are positioned in these proceedings. The committee has recommended a three-month time limit.

The third recommendation is that discretion be maintained by the court to permit the court to overrule any such disclaimer in situations when it would cause undue hardship to the person on the other end of the disclaimer and where that hardship would result in damages that would not be compensable.

Finally, where the bankrupt is a licensor of intellectual property, the licensee should have the right to elect to retain the licence. This is a provision that would be analogous to the United States where they enacted a similar amendment to their legislation, on the basis of a decision in a case known as *Lubrizol*, which involved a company that was licensed to use some metal coating technology that was subject to a trade secret agreement. The licensor, RMF, went bankrupt and the trustee promptly disclaimed the licence agreement, leaving the licensee, Lubrizol, without the right to use this technology. Lubrizol suffered serious harm to its business because of that. The United States legislation was promptly amended to allow licensees, when faced with a licensor who goes bankrupt, with the right to elect to retain the licence agreement.

With respect to the patent issue, you will be aware that section 82 of the Bankruptcy and Insolvency Act specifically addresses the disposition of patented articles that are in the possession or part of the property of the trustee in bankruptcy and section 82(1) allows the trustee to sell these articles free and clear of any restrictions. Section 28(2) gives the manufacturer or the vendor of the patented articles who sold them in the first place the right the purchase the articles at invoice prices.

The committee has made a number of recommendations with respect to that provision. First, that the definition of patented articles be expanded to include "protected articles," which would encompass all forms of intellectual property and not be limited to patented articles. The committee did not see any justification for the distinction in terms of patented articles as opposed to copyrighted, trademarked industrial design.

On the other hand, the committee did not think that "protected articles" should include articles that would be subject to trade secrets for the practical reason that it would be difficult — if not impossible — for a trustee to determine which articles were

d'abord, le terme «contrat exécutoire» a reçu plusieurs interprétations aux États-Unis. Le même terme utilisé dans le contexte canadien causerait des problèmes semblables lorsqu'il s'agit de déterminer si un contrat est exécutoire ou non.

L'affaire *Erin Features* a mis en lumière ce problème au Canada. Dans cette cause, le tribunal ontarien s'est employé à déterminer si un contrat était exécutoire et en est arrivé à la conclusion contraire en s'appuyant sur une justification qui a été vigoureusement critiquée par des observateurs de tout le pays.

Nous recommandons également qu'un délai soit fixé pour l'exercice du droit de résiliation d'un contrat par le syndic. Cette disposition de temporisation permettrait aux titulaires de droits de savoir à quoi s'en tenir quant aux procédures de faillite. Le comité a recommandé un délai de trois mois.

Nous recommandons en outre que les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire d'annuler une résiliation lorsque cette mesure occasionnerait un préjudice injustifié à la personne visée, sans que celle-ci ait droit à réparation sous forme de dommages-intérêts.

Enfin, dans le cas où le failli est un donneur de licence de droit de propriété intellectuelle, le licencié devrait pouvoir choisir de continuer la licence. Cette modification législative serait analogue à celle apportée par les États-Unis en s'appuyant sur la décision rendue dans l'affaire *Lubrizol*, une entreprise ayant obtenu une licence pour l'utilisation d'une technologie de revêtement métallique qui était sujette à une entente touchant le secret commercial. Le donneur de licence, RMF, a déclaré faillite et le syndic a résilié sur-le-champ le contrat de licence, laissant le licencié, Lubrizol, sans droit d'utilisation de cette technologie. Cette décision a grandement nui aux activités de Lubrizol. La loi américaine a été rapidement modifiée pour accorder aux licenciés le droit de continuer la licence après que le donneur de licence a fait faillite.

Pour ce qui est des brevets, vous savez sans doute que l'article 82 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité traite précisément de l'aliénation des articles brevetés qui sont en possession ou partiellement en possession du syndic de faillite, et que le paragraphe 82(1) permet au syndic de vendre ces articles sans aucune restriction. Le paragraphe 82(2) accorde au fabricant ou à celui qui a vendu les articles au départ le droit de les acheter à leur prix de facture.

Notre comité a formulé différentes recommandations relativement à cette disposition. Premièrement, la définition d'«articles brevetés» devrait être modifiée pour traiter d'«articles protégés», ce qui engloberait toutes les formes de propriété intellectuelle. Le comité ne voit absolument pas pourquoi on fait la distinction entre les articles brevetés et ceux visés par les droits d'auteur et les marques de commerce.

Par ailleurs, nous ne croyons pas que la définition d'«articles protégés» devrait s'appliquer aux articles visés par le secret commercial pour des raisons purement pratiques. Il serait en effet difficile — voire impossible — pour un syndic de déterminer

manufactured pursuant to any trade secrets of a third party and how that process would even take place because it would require the disclosure of the trade secrets to the trustee in bankruptcy. The committee recommended a more limited expansion of that definition.

The second main proposed amendment to that section, is that the right of the vendor or manufacturer to purchase back the articles under section 82(2) should be amended to provide the right for the patentee or a licensee to purchase back those articles. Should the manufacturer or vendor elect not to purchase them back, the patentee has an interest in ensuring or deciding whether or not those articles should enter into commerce and on what conditions and terms they do so.

With respect to the Copyright Act, section 83 of the Bankruptcy and Insolvency Act deals with an author's right to a reversionary interest in copyright on the bankruptcy of an assignee of that copyright. That section was based on a provision in the UK statute that is analogous to that but was repealed in 1986. That section was based on a decision in the courts, where an author of a manuscript was not entitled to royalties when the publisher went bankrupt. As a result, you see language to that effect in our provision dealing with manuscripts.

The committee has made a number of recommendations with respect to section 83. First and foremost — and in line with recent case law — it should be made clear that section 83 applies to all forms of copyrightable subject matter and not simply manuscripts. That is the interpretation of the court. As a result, the reference to the term 'manuscript' should be removed.

I have reviewed some of the submissions made by the representatives of the authors of Canada with respect to their concern of the rights of authors. One issue that we feel will address their concern in terms of their rights and their feeling that this relationship between publishers and authors is of a personal nature is addressing the issue of moral rights. Moral rights allow an author to control the integrity of his or her work and is a separate right apart from copyright.

Moral rights cannot be assigned by an author but can only be waived. Section 83 should expressly provide that where the copyright in a work reverts to the author, any waiver of moral rights should be rescinded. This would protect the author from the concerns that when a trustee in bankruptcy has copyright in the work that that work will be assigned to third parties that may not share the same discretion that the original publisher had.

Third, the committee recommends that, because of the imbalance in bargaining power between the author and the publisher, section 83 should be amended to provide that its provisions should apply, notwithstanding any agreements to the contrary. Otherwise, the pressure on authors to agree to contracts that supersede section 83 would be a definite problem.

Finally, the committee recommends that section 83 should be limited to agreements where there have been unfulfilled obligations. Section 83 should not be used as an opportunity to

quels articles ont été fabriqués suivant le procédé industriel secret d'une tierce partie. On se demande même comment ce serait faisable, car le secret devrait être divulgué au syndic de faillite. Notre comité recommande donc de ne pas trop élargir cette définition.

Autre modification importante que nous proposons à cet article, le titulaire d'un brevet ou d'une licence devrait avoir le droit de racheter les articles si le fabricant ou le vendeur ne se prévaut pas de ce droit conformément au paragraphe 82(2). Il est en effet important pour le titulaire d'un brevet de pouvoir décider si les articles visés doivent être commercialisés et quelles sont les modalités applicables le cas échéant.

Pour ce qui est de la Loi sur les droits d'auteur, l'article 83 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité permet de reprendre un droit d'auteur, lors de la faillite, à celui à qui il a été cédé. Cet article a été rédigé en fonction d'une disposition analogue de la loi britannique qui a été abrogée en 1986. La disposition en question découlait d'une décision rendue par le tribunal dans le cas de l'auteur d'un manuscrit qui n'a pu toucher ses droits d'auteur lorsque l'éditeur a fait faillite. Notre disposition concernant les manuscrits traite donc de cette question.

Nous avons en outre formulé plusieurs recommandations concernant l'article 83. D'abord et avant tout — et conformément à la jurisprudence récente —, il faudrait préciser que l'article 83 s'applique à toutes les formes de produits protégeables par droit d'auteur, et pas uniquement aux manuscrits. La loi ne devrait donc plus faire référence aux manuscrits.

J'ai examiné quelques-unes des présentations soumises par les représentants des auteurs canadiens qui exposent leurs préoccupations relativement aux droits d'auteur. Nous estimons qu'en réglant la question des droits moraux, nous pourrions atténuer quelques-unes de ces préoccupations en plus de conforter les auteurs dans leur perception de la nature personnelle des relations qu'ils entretiennent avec les éditeurs. Les droits moraux permettent à un auteur d'exercer une emprise sur l'intégrité d'un ouvrage et se distinguent des droits d'auteur.

Un auteur ne peut pas céder ses droits moraux; il peut seulement y renoncer. L'article 83 devrait spécifier que, dans le cas où le droit d'auteur d'un ouvrage retourne à l'auteur, toute renonciation aux droits moraux serait annulée. L'auteur n'aurait pas ainsi à s'inquiéter du fait qu'un syndic de faillite détenant les droits d'auteur sur son ouvrage puisse les céder à un tiers qui n'exercera pas nécessairement la même discrétion que l'éditeur initial.

Le comité recommande aussi, compte tenu du déséquilibre existant entre le pouvoir de négociation d'un auteur et celui d'un éditeur, que l'article 83 soit modifié pour prévoir que ces dispositions s'appliquent malgré toute entente contraire. Sinon, les pressions pouvant être exercées sur les auteurs pour qu'ils acceptent des contrats ayant préséance sur l'article 83 poseraient certes problème.

Enfin, le comité recommande que l'application de l'article 83 soit restreinte aux contrats pour lesquels les obligations n'ont pas encore été remplies. L'article 83 ne devrait pas offrir aux auteurs

allow authors to obtain double compensation at the expense of creditors. Where rights have been assigned to a publisher, those rights should not revert back to the author without the author having to compensate the publisher for any payments he or she has received.

With respect to trademarks, there is no provision in the Bankruptcy and Insolvency Act dealing with trademarks. This is a serious omission. Trademark rights are distinct from any other form of intellectual property in that they do not grant a monopoly on the subject matter of the right without the rights holder having to do anything further. The rights holder has to take an active roll in maintaining the trademark in order for it to be valid in Canada. As a result, this requires reciprocal obligations on the part of a licensor and a licensee.

Trademark rights form a part of every bankruptcy proceeding. All companies have trademark rights in one form or another, be they registered or unregistered. As a result, this is right should be addressed in the Bankruptcy and Insolvency Act to ensure that there is some certainty in terms of how these rights will be dealt with.

The main recommendation with respect to trademark rights is that the trustee in bankruptcy for a bankrupt trademark licensee should only be entitled to disclaim unprofitable trademark agreements. Similarly, a licensor should not be permitted to disclaim a trademark licensing agreement. If a bankrupt licensor breaches the licence or expresses an indication to do so, the licensee should be entitled to elect between damages and specific performance.

Last, I want to comment on the issue of trade secrets. As I mentioned before, the definition of “protected article” in section 82 should not include protected trade secrets, for the reasons I have indicated. However, the definition of “property” in the Bankruptcy and Insolvency Act should be amended to specifically include trade secrets and confidential information.

There is a line of cases in Canada reaching up to the Supreme Court of Canada where the issue of whether or not trade secrets are property is a debatable issue. There is no justification for excluding trade secrets from the property of a bankrupt and the committee recommends that the definition be amended such that it specifically addresses that issue.

Senator Angus: Obviously, this is extremely technical material for all of us. I would like to ask several background questions.

The Chairman: I understand — this is a courtesy to your guests — that one or more of you may have special problems with arrangements in meeting aircraft. The committee will not take offence if you have to leave under these circumstances.

Senator Angus: Is the institute, founded in 1926, a volunteer organization or is it like the bar association, which has an infrastructure, employees, and a membership of professionals?

la possibilité d’être payés en double, au détriment des créanciers. Lorsque les droits ont été cédés à un éditeur, ils ne devraient pas être retournés à l’auteur sans que celui-ci ait remboursé l’éditeur pour les paiements déjà reçus.

Par ailleurs, il n’est pas question des marques de commerce dans la Loi sur la faillite et l’insolvabilité. C’est là une grave omission. Les marques de commerce se distinguent de toutes les autres formes de propriété intellectuelle, car elles n’accordent pas un monopole sur les biens visés par le droit, sans que le titulaire n’ait rien d’autre à faire. Le titulaire doit en effet prendre les mesures nécessaires pour que la marque de commerce demeure valide au Canada. On parle donc d’obligations réciproques pour le donneur de licence et celui qui la détient.

Dans toute procédure de faillite, il faut régler les questions des droits relatifs aux marques de commerce. Toutes les entreprises disposent de tels droits sous une forme ou une autre, que la marque de commerce soit déposée ou non. La Loi sur la faillite et l’insolvabilité devrait donc traiter de ces droits afin de préciser davantage la façon dont ils doivent être appliqués.

Pour ce qui est des marques de commerce, notre recommandation principale est que le syndic désigné pour la faillite d’un licencié de marque de commerce devrait avoir le droit de résilier seulement les contrats désavantageux. De même, un donneur de licence ne devrait pas être autorisé à résilier un contrat de licence de marque de commerce. Si un donneur de licence qui est en faillite viole la licence ou manifeste l’intention de le faire, le licencié a le droit de choisir entre un recours en dommages-intérêts et l’exécution en nature.

Pour terminer, j’aimerais faire quelques observations sur la question des secrets commerciaux. Comme je l’ai déjà dit, la définition d’«article protégé» fournie à l’article 82 ne devrait pas s’appliquer aux secrets commerciaux protégés, pour les raisons que j’ai mentionnées. Cependant, la définition de «biens» contenue dans la Loi sur la faillite et l’insolvabilité devrait être modifiée pour inclure une référence particulière aux secrets commerciaux et aux renseignements confidentiels.

Les tribunaux canadiens, y compris la Cour suprême, ont été saisis de nombreuses affaires dans lesquelles il s’agissait de déterminer si les secrets commerciaux constituent des biens. Il n’y aucune raison d’exclure les secrets commerciaux des biens d’un failli; le comité recommande donc que la définition soit modifiée en conséquence.

Le sénateur Angus: De toute évidence, il s’agit là de renseignements extrêmement techniques pour nous tous. J’aimerais donc poser plusieurs questions pour mieux comprendre.

Le président: Il est possible que certains de nos invités doivent partir plus tôt pour prendre un avion. Soyez bien à l’aise, le comité ne vous en tiendra pas rigueur.

Le sénateur Angus: Votre institut, qui a été créé en 1926, est-il une organisation bénévole ou s’apparente-t-il davantage à une association comme le Barreau, qui a sa propre infrastructure, ses employés et ses membres professionnels?

Mr. Baker: We are a voluntary organization, but we do have an infrastructure with four employees.

Senator Angus: Of which Mr. Gérin is the executive director?

Mr. Baker: Yes.

Senator Angus: Are you the past president, as a volunteer?

Mr. Baker: Yes.

Senator Angus: Would there be a change of the executive each year?

Mr. Baker: Saturday was my last day as president.

Senator Angus: This report is very timely, as somebody suggested earlier, given our study. I believe you are aware of what we are trying to do here, which is part of the review that has been done of the CCAA and the BIA. Is it correct that your remarks in the report deal not with the CCAA but the BIA?

Mr. Sprigings: Yes. The focus of the report was to address issues relating to the BIA.

Senator Angus: These recommendations are very specific. That is what a committee of Parliament likes to hear from its witnesses; we like to know where you are coming from and how you feel a situation could be redressed.

Have you submitted these recommendations to any other branch in Ottawa, such as the executive, the other parliamentary committees or the department of industry?

Mr. Michel Gérin, General Director, Intellectual Property Institute of Canada: We presented it to staff from the policy group that deals with bankruptcy at Industry Canada and staff from the Office of the Superintendent of Bankruptcy about 10 days ago.

Senator Angus: Have you had any feedback? As a lawyer, I can see that a 150-page document like this, with two inches of footnotes on every page, is a substantial piece of intellectual property as it is. It is very good work, I am sure.

I cannot speak for my colleagues, but these recommendations seem to make at first blush a lot of sense to me. Have they been tested on others? Have you brought them in the past before government bodies and been rejected, or are these things that you would feel would not be controversial?

Mr. Sprigings: Our licensing committee drafted these recommendations and then forwarded them to a number of other committees within the institute dealing with the specific sections of patents, copyrights and so forth.

Some of the feedback was not entirely in agreement with our recommendations. We deal with that specifically in the report. We deal with the justification as to why we have made the recommendations we have.

M. Baker: Notre organisation est bénévole, mais n'en est pas moins structurée. Nous sommes quatre employés.

Le sénateur Angus: Et M. Gérin est votre directeur général?

M. Baker: C'est exact.

Le sénateur Angus: Êtes-vous président sortant à titre bénévole?

M. Baker: Oui.

Le sénateur Angus: Les dirigeants changent-ils chaque année?

M. Baker: J'ai terminé mon mandat de président samedi dernier.

Le sénateur Angus: Quelqu'un l'a déjà mentionné, votre rapport tombe à point nommé pour notre étude de ces questions. Je crois que vous savez que nos travaux s'inscrivent dans l'examen qui a été fait de la LACC et de la LFI. Peut-on dire que les observations que vous formulez dans votre rapport portent sur la LFI, et non sur la LACC?

M. Sprigings: Effectivement. Notre rapport traite principalement des questions touchant la LFI.

Le sénateur Angus: Vos recommandations sont très précises. Tout comité parlementaire aime savoir qui sont exactement ses témoins et ce qu'ils proposent pour rectifier la situation.

Avez-vous soumis ces recommandations à une autre entité à Ottawa, à un autre comité parlementaire ou au ministère de l'Industrie, par exemple?

M. Michel Gérin, directeur général, Institut de la propriété intellectuelle du Canada: Nous les avons présentées aux membres du groupe stratégique s'occupant des faillites à Industrie Canada ainsi qu'au personnel du Bureau du surintendant des faillites il y a environ 10 jours.

Le sénateur Angus: Avez-vous eu des commentaires? L'avocat que je suis constate bien qu'un document de 150 pages comme le vôtre, avec ses cinq centimètres de notes au bas de chaque page, est un excellent exemple de propriété intellectuelle. C'est du très bon travail, j'en suis persuadé.

Je ne peux pas parler pour mes collègues, mais vos recommandations me semblent, au premier coup d'oeil, très sensées. Les avez-vous déjà soumises à quelqu'un? Les avez-vous déjà présentées à un organisme gouvernemental qui les aurait rejetées, ou croyez-vous simplement qu'elles seraient acceptées sans problème?

M. Sprigings: Notre comité des licences a rédigé ces recommandations puis les a transmises à différents autres comités de notre institut s'occupant de questions comme les brevets et les droits d'auteur notamment.

Certains n'étaient pas entièrement favorables à nos recommandations. Nous en traitons d'ailleurs dans notre rapport. Nous y expliquons les raisons qui nous ont poussé à faire ces recommandations.

Not surprisingly, when, for example, the report went to the patent group, they took a very pro-patentee look at the recommendations and recommended that section 82 be abolished altogether because it is harmful to patentees. There should not be any loss of rights once the patented articles are with the industry.

I would like to say the comments were not controversial, but they did raise those kinds of concerns for some of the recommendations.

Other recommendations in the report are more technical in nature, such as amending the term “property” to include trade secrets, which is more of a clerical clarification issue. They fall into a broad categorization in terms of controversial and non-controversial.

Senator Angus: I notice that you and your colleague Mr. Kyle, were both on this committee, so you have obviously participated in depth. You signed the report.

You referred to three other jurisdictions, which would be the kinds of jurisdictions from which Canada would not differ in any great manner: the U.S., Australia, and the U.K. Would the recommendations for all five areas you covered or only disclaimer apply to those three jurisdictions?

Mr. Springs: I focused on disclaimer for those three jurisdictions. I mentioned briefly the provisions relating to copyright that we have in our act. Our copyright provisions allowing the author to get this reversionary interest are ultimately based on a decision in the U.K. That provision has since been repealed in the U.K. Our committee is recommending that it be maintained in Canada.

I can only say that the disclaimer issues would be consistent with those other three jurisdictions. The other aspects to the legislation do not necessarily fall in line with the other jurisdictions.

Senator Angus: Let us say we were to recommend that the government that it institute these recommendations in terms of amendments to the law, are we certain that you are slipping anything by? Is there not some big red flag that should pop off the page to some real expert?

Mr. Springs: If there were a specific exclusion there for me somewhere along the line where I would inherit all the property in Ontario, that would be one thing. We are not slipping anything in there. Mr. Kyle can speak to that as well. We have tried to take a very fair approach and address what we perceive as being issues in the legislation. As I tried to make the case at the outset, we did not take a pro-IP rights-holder approach to this. In a bankruptcy, the rights-holders could be on either end of the stick; you could be a licensor or a licensee of the rights. As a result there are really no winners and losers.

Par exemple, les membres du groupe responsable des brevets ont, comme il fallait s’y attendre, pris la défense des titulaires de brevets et recommandé que l’article 82 soit tout simplement aboli parce qu’il portait préjudice aux brevetés. Ceux-ci ne devraient pas perdre leurs droits lorsqu’un brevet est cédé à l’industrie.

J’aimerais bien pouvoir vous dire que tous les commentaires ont été favorables, mais certaines des recommandations ont soulevé des préoccupations de cet ordre.

D’autres recommandations du rapport sont de nature plus technique, plus administrative si vous voulez, comme celle voulant que la définition de «biens» soit modifiée pour s’appliquer également aux secrets commerciaux. Toutes ces recommandations peuvent être classées dans deux grandes catégories, selon qu’elles soulèvent ou non la controverse.

Le sénateur Angus: J’ai remarqué que votre collègue, M. Kyle, et vous-même, faisiez tous deux partie du comité des licences. Vous avez donc contribué grandement à la production de ce rapport que vous avez d’ailleurs signé.

Vous faites référence à trois autres pays dont les politiques sont comparables à celles du Canada à bien des égards: les États-Unis, l’Australie et le Royaume-Uni. La comparaison est-elle valable pour les recommandations des cinq groupes ou seulement pour celles touchant la résiliation?

M. Springs: Ma comparaison avec ces trois gouvernements porte principalement sur la résiliation. J’ai aussi mentionné brièvement les clauses de notre loi concernant les droits d’auteur. Les dispositions qui permettent à un auteur de reprendre ses droits découlent en bout de ligne d’une décision rendue au Royaume-Uni. La mesure législative à cet effet a depuis été abrogée dans ce pays. Notre comité recommande qu’elle soit maintenue au Canada.

Tout ce que je puis dire, c’est que notre approche des questions touchant la résiliation coïncide avec celle des trois pays examinés. Ce n’est pas nécessairement le cas des autres aspects de la loi.

Le sénateur Angus: Supposons que nous recommandions au gouvernement de modifier la loi comme vous le suggérez, comment pouvons-nous être certains que vous n’en profiterez pas pour faire passer d’autres propositions en douce? Y a-t-il des éléments qui mettraient tout de suite la puce à l’oreille à un véritable expert?

M. Springs: S’il existait une exclusion spécifique qui me permettrait d’hériter de toute la propriété intellectuelle de l’Ontario, la question se poserait peut-être. Mais nous ne faisons rien passer en douce. M. Kyle pourra vous le confirmer. Nous avons essayé d’agir en toute équité pour proposer des solutions aux problèmes que nous avons relevés dans la loi. Comme j’ai tenté de le faire valoir dès le départ, nous n’avons pas pris le parti des titulaires de droits de propriété intellectuelle. Dans une faillite, un titulaire de droits peut se retrouver du bon ou du mauvais côté, selon qu’il est donneur de licence ou licencié. Il n’y a donc pas véritablement de gagnant ni de perdant.

Senator Angus: In terms of the professionals, your association embraces both ends of the stick.

Mr. Baker: That is right.

Senator Angus: Therefore everyone with an interest has already had or will have a kick at the can on this.

Mr. Baker: Some of the members of our organization are members of law firms that do work other than intellectual property law. While we were drafting this document, we asked them to review the bankruptcy area to make sure we were not far off base. Our organization is proud to represent our members — patent, copyright and trademark people, as opposed to their clients. As Mr. Springings said, one of our members could one day be working for the licensor and the next day working for a licensee. Therefore, we had to follow a middle path. I think the document is fairly unbiased toward one side or the other.

Senator Angus: My last question relates to disclaimer of agreements. You are referring to specific types of agreements — namely intellectual property licences — correct?

Mr. Springings: The draft provisions we are recommending fall into two categories. We are talking about unprofitable agreements as a whole —

Senator Angus: Unprofitable licensing agreements?

Mr. Springings: Unprofitable agreements across the board, which is the same as the provisions existing in the U.K., Australia and the U.S. It is not limited to IP agreements. However, there are specific provisions in there to address situation involving IP agreements, such as the licensing context. Where a licensor goes bankrupt, to protect the licensee's interests, we have specific provisions where we have recommended that that be taken care of.

Senator Angus: For example, you are not referring to a collective agreement that the bankrupt company may have with a trade union?

Mr. Springings: We have not narrowed it specifically to intellectual property agreements primarily because we wanted to make a recommendation that was in line with the other jurisdictions on that front.

We did limit it to unprofitable agreements. That term has received a lot of judicial consideration in Australia as to what it means. The courts have clearly said that means is that you do not disclaim an agreement because you think you can get a better deal. It has to be unprofitable in the sense that it is adversely affecting the trustee and the bankrupt's business. It has to be disclaimed in order to allow the bankruptcy of proceedings to take the shape that they are supposed to take — that is, to reach an orderly distribution of the assets.

Le sénateur Angus: Compte tenu des professionnels qui la composent, votre association connaît bien les deux côtés de la médaille.

M. Baker: Tout à fait.

Le sénateur Angus: Ainsi donc, tous les intéressés ont eu ou auront leur mot à dire sur cette question.

M. Baker: Certains membres de notre organisation appartiennent à des cabinets d'avocats qui s'occupent de droits de propriété intellectuelle. Pour la rédaction de ce rapport, nous leur avons demandé d'examiner les questions touchant la faillite afin d'éviter de faire fausse route. Notre organisation est fière de représenter ses membres — les spécialistes en brevets, en droits d'auteur et en marques de commerce —, et non leurs clients. Comme l'a indiqué M. Springings, l'un de nos membres peut travailler un jour pour un donneur de licence et le lendemain pour un licencié. Il nous faut donc adopter une approche plutôt neutre qui se reflète selon moi dans l'impartialité de notre rapport.

Le sénateur Angus: J'ai une dernière question concernant la résiliation des contrats. Vous parlez de types particuliers d'ententes — plus précisément de licences de propriété intellectuelle —, n'est-ce pas?

M. Springings: Les dispositions que nous recommandons se divisent en deux catégories. Il s'agit des contrats désavantageux dans leur ensemble...

Le sénateur Angus: Des contrats désavantageux visant l'octroi de licences?

M. Springings: De n'importe quel contrat désavantageux, comme c'est le cas pour les dispositions en vigueur au Royaume-Uni, en Australie et aux États-Unis. On ne se limite pas aux seuls contrats de propriété intellectuelle. Certaines des dispositions recommandées visent toutefois des situations touchant des contrats de propriété intellectuelle, notamment dans le contexte de l'octroi de licences. Ainsi, nous proposons des dispositions ayant pour but de protéger les intérêts des licenciés dans le cas où un donneur de licence fait faillite.

Le sénateur Angus: Par exemple, vous ne parlez pas d'une convention collective que l'entreprise en faillite pourrait avoir conclue avec un syndicat?

M. Springings: Si nous n'avons pas ciblé uniquement le contrat de propriété intellectuelle, c'est surtout parce que nous voulions que notre recommandation soit conforme à ce qui se fait dans les autres pays à ce chapitre.

Nous nous sommes toutefois limités aux contrats désavantageux. Les tribunaux australiens se sont beaucoup penchés sur cette question. Ils ont clairement établi qu'il ne s'agissait pas de permettre de résilier un contrat pour pouvoir en obtenir un meilleur. Les contrats désavantageux sont ceux qui ont un effet néfaste sur les activités du syndic et du failli. Il faut résilier un tel contrat pour que les procédures de faillite puissent se dérouler comme il se doit — c'est-à-dire pour que l'on puisse assurer une répartition coordonnée des biens.

The Chairman: There is a great deal of detail and technical, as opposed to conceptual material here. That is good. However, it is challenging for us, with little pre-work, to come to grips meaningfully with the nuances and the details of your work by way of questioning. If we seem uncharacteristically restrained, it is because you have challenged us. Let me say that it will go into our research very thoroughly, and all these questions will be asked.

Trademarks are not now in the Bankruptcy Act. Can you explain a little bit of the history of that? Are they not deemed to be an asset?

Mr. Springs: I believe they have been deemed to be property that falls as part of the property of a bankrupt. First, the *Lubrizol* case in the United States, to which I referred earlier, prompted immediate amendments to the United States Bankruptcy Code to deal with the case where the licensor goes bankrupt to protect the interests of the licensee. That amendment to the U.S. Bankruptcy Code resulted in a provision dealing specifically with intellectual property — namely, patents and copyrights — but did not address trademarks.

They did not address trademarks with that amendment because it is a complicated and technical area in which to preserve that asset in the context of a licensing arrangement. They felt they did not have enough opportunity to deal with that issue in their amendments.

I do not believe there is any statutory history in Canada dealing with trademarks in terms of it being in the statute at one point and removed at another point. I do not think it has ever been addressed in the Canadian statute because it is such a complicated issue.

The benefit of this report is that you our trademark people, who deal in this area daily, state their position in terms of what steps are necessary to preserve that asset for both the creditors and the public as a whole. It is a complicated issue and the recommendations are somewhat complex, but they are necessary to address the issue.

The Chairman: If it is the licensee who goes bankrupt, should the trustee not be permitted to treat the licence as an asset and therefore be permitted to assign it for consideration and use the proceeds for the creditors? I understand you say that is not the case, but I am wondering why.

Mr. Springs: We are concerned with the situation in which the licensor goes bankrupt. Where the licensee goes bankrupt, the trustee in bankruptcy steps into the shoes of the licensee and has the right to disclaim that licence if it is unprofitable to the licensee — or, to take that licence and to treat it as an asset of the trustee in bankruptcy. I am not sure I am following your concern.

Le président: Vos propositions ne se limitent pas aux grands concepts; elles sont remplies de détails et de points techniques. C'est une bonne chose. Cependant, il nous est difficile, compte tenu du peu de préparation que nous avons, de poser des questions pertinentes qui nous permettraient de mieux saisir toutes les nuances de votre travail. Si nous faisons montre d'une retenue inhabituelle, c'est parce que vous nous demandez un effort particulier. Je puis toutefois vous assurer que j'examinerai votre rapport à fond et que vous serez questionnés comme il se doit.

La Loi sur la faillite et l'insolvabilité ne traite pas actuellement des marques de commerce. Pouvez-vous m'expliquer brièvement cette lacune? Les marques de commerce ne sont-elles pas considérées comme un actif?

M. Springs: Je crois que les marques de commerce sont réputées faire partie des biens d'un failli. Premièrement, l'affaire *Lubrizol* aux États-Unis, à laquelle j'ai fait référence tout à l'heure, a entraîné des modifications immédiates au code américain régissant les faillites dans le but de protéger les intérêts du licencié quand le donneur de licence déclare faillite. Cette modification au code a pris la forme d'une disposition traitant de la propriété intellectuelle — des brevets et des droits d'auteur plus précisément —, mais ne concernait pas les marques de commerce.

On n'a pas abordé la question des marques de commerce dans cette modification parce que la préservation de ce bien dans le contexte d'un contrat d'octroi de licence soulève des questions techniques très complexes. Les législateurs américains ont considéré qu'il leur était impossible de traiter à fond de cette question dans le cadre des modifications apportées.

Je ne crois pas que les marques de commerce aient déjà fait l'objet, au Canada, de dispositions législatives qui aient été abrogées par la suite. Je suppose que la question est trop complexe pour avoir été étudiée par les législateurs canadiens.

L'avantage de ce rapport est de permettre aux gens qui oeuvrent quotidiennement dans le domaine des marques de commerce d'exposer leur position concernant les mesures à prendre pour protéger cet actif dans l'intérêt des créanciers et du public en général. C'est une question complexe et les recommandations sont quelque peu difficiles, mais elles sont nécessaires pour résoudre ce problème.

Le président: Si c'est le licencié qui fait faillite, le syndic ne devrait-il pas être autorisé à considérer la licence comme un actif qu'il peut donc céder moyennant paiements et utiliser les bénéfices pour payer les créanciers? Je comprends que vous dites que ce n'est pas le cas, mais je me demande pourquoi.

M. Springs: Nous nous préoccupons de la situation où le donneur de licence fait faillite. Lorsque c'est le licencié qui tombe en faillite, le syndic se substitue à ce dernier et acquiert le droit de résilier ladite licence si elle est désavantageuse pour le licencié ou de la saisir et la considérer comme un actif du syndic de faillite. Je ne suis pas sûr de comprendre vos inquiétudes.

The provisions in the act specifically deal with the case where the licensor goes bankrupt. Where the licensee goes bankrupt, it should follow that what you are saying: the scenario in which they treat it as an asset of the licensee follows.

The Chairman: We have your response. Thank you.

Senator Moore: When you say, for example, that the “trustee may disclaim,” do you mean he may say “we have no interests in this licence and we are walking away from it.”? What do you mean by “disclaim”?

Mr. Sprigings: It is the same thing as being a fundamental breach of the licence: “We are not carrying out the terms of that licence any further.”

Senator Moore: You are saying unilaterally “we are removing ourselves from that contract, insofar as we the trustees are concerned, as administrators of the assets of this bankrupt party.”?

Mr. Sprigings: That is correct.

Senator Moore: What do you mean by “executory contracts”? Please give me an example.

Mr. Sprigings: “Executory contract” is the wording used in the United States. It has been somewhat adopted by the courts in Canada when grappling with the whole issue of disclaimer. The phrase “executory contract” means that there are obligations outstanding by both parties, such as payment of royalties. In the *Lubrizol* case, they found the right of forbearance, which is that if the licensor licenses the right to another party at a better price, then he has to go back to the licensee and say, “Here is the better price.”

The courts have gone to great lengths to find these obligations that would make this licence executory. For example, if you had an obligation to keep an accounting of everything you sold, or to keep your books in good order for inspection, the courts have gone out of their way to interpret that as making the licence executory.

Senator Moore: Are you saying that there is some other act to be executed to make the contract complete?

Mr. Sprigings: Yes. There are ongoing obligations.

It has been very difficult to predict when a court will find an ongoing obligation. For example, if an agreement says, “You shall keep this information confidential for 10 years,” does that make it executory? The contract is over, but you have this ongoing obligation that flows with the agreement. You would not think that would be executory. You would think it would be an obligation that is there in every agreement.

However, it renders it very difficult to predict what would be considered rendering a contract executory. As a result, we thought that “unprofitable” was the better route to go.

The Chairman: I am following the definition chain here. It is important to make sure we all understand what these words mean.

Les dispositions de la loi traitent spécifiquement du cas où le donneur de licence fait faillite. Lorsque c’est le licencié qui déclare faillite, on devrait suivre votre scénario, c’est-à-dire considérer la licence comme un actif du licencié.

Le président: Nous prenons note de votre réponse. Merci.

Le sénateur Moore: Lorsque vous dites, par exemple, que le syndic peut résilier le contrat, entendez-vous par là qu’il peut dire: «Cette licence ne nous intéresse pas et nous allons la laisser tomber»? Que voulez-vous dire par «résilier»?

M. Sprigings: Cela s’apparente à une violation fondamentale de la licence: «Nous ne respecterons plus les termes de cette licence.»

Le sénateur Moore: Vous dites de façon unilatérale: «En ce qui nous concerne, nous les syndics, en notre qualité d’administrateurs des biens de la partie en faillite, nous nous retirons de ce contrat»?

M. Sprigings: C’est exact.

Le sénateur Moore: Que voulez-vous dire par «contrat exécutoire»? Veuillez me donner un exemple.

M. Sprigings: «Contrat exécutoire» est l’expression utilisée aux États-Unis. Elle a été plus ou moins adoptée par les tribunaux au Canada à chaque fois qu’ils se trouvaient aux prises avec la question de la résiliation des contrats. Cela signifie qu’il y a des obligations non réglées de la part des deux parties, comme le paiement des redevances, par exemple. Dans le cas de *Lubrizol*, on avait invoqué le droit d’abstention: le donneur de licence qui peut accorder une licence à une autre partie à un meilleur prix doit en aviser le licencié et lui accorder ce même prix.

Les tribunaux se sont donnés beaucoup de mal pour trouver les obligations qui rendraient une licence exécutoire. Par exemple, si une personne avait l’obligation de tenir une comptabilité de toutes ses ventes ou de garder ses livres comptables à jour à des fins d’inspection, les tribunaux s’arrangeaient pour interpréter cela comme des obligations rendant la licence exécutoire.

Le sénateur Moore: Voulez-vous dire qu’il y a une autre chose à régler pour que le contrat soit complet?

M. Sprigings: Oui, il y a les obligations permanentes.

Il a été très difficile de prévoir quand un tribunal jugera être en présence d’une obligation permanente. Par exemple, si un contrat stipule que certains renseignements doivent demeurer confidentiels pour une durée de 10 ans, cela le rend-il exécutoire pour autant? Le contrat est terminé, mais il reste cette obligation permanente qui en découle. On ne penserait pas qu’elle serait exécutoire. On serait plutôt porté à croire qu’il s’agit d’une clause type.

Toutefois, il devient très difficile de prévoir ce qui serait considéré comme rendant un contrat exécutoire. C’est pourquoi nous avons privilégié le terme «désavantageux» comme piste de solution.

Le président: Je suis en train de remonter la chaîne de définitions. Il est important de s’assurer que nous comprenons tous le sens de ces mots.

This concept of “unprofitable,” which seems to be so well understood, seems, from an evidentiary point of view, to pose enormous problems. Can you give me an example of something that everybody would understand as “unprofitable” as opposed to a borderline case?

Mr. Sprigings: I am not saying “unprofitable” would not be met with certain ambiguities. The Australians have found that out in their case law.

Let us use the Air Canada scenario as an example for a moment. Let us say that Air Canada developed some unique reservation software and licensed it to a third party. Let us say it licensed it to American Airlines for a royalty of \$100,000 per year, but under the terms of that licence agreement, Air Canada had to provide support for the software. Let us say that Air Canada was not successful in persuading 20 airlines to use their reservation software and their technical support cost them \$150,000 per year. They would be losing \$50,000 per year. That would be unprofitable for Air Canada.

What would not be “unprofitable” is if their technical support was costing them \$50,000 and they were getting \$100,000 in royalties. They would be making \$50,000 from the deal.

However, let us suppose that United Airlines then offers them \$300,000 for the software on the condition it is exclusive. “Unprofitable” does not mean that you can disclaim this agreement to get a better deal somewhere else.

The Chairman: On the face of it, basically, if the net result is negative, it is unprofitable.

Mr. Sprigings: Yes, on the face of it. You look at the agreement as a whole and the court or the trustee weighs it and determines whether it meets the criteria.

The Chairman: Do you feel that the expertise required of trustees in these situations is likely to be available in many cases? As I listen to the examples and read the point, it sounds like the trustees could well be called upon in many of these areas to deal with extraordinarily subtle and sophisticated issues. Is that a problem without trustees with specialized knowledge?

Mr. Sprigings: I appreciate your concern. I think it valid.

The problem is where the state of the law is in Canada today: Some courts feel that “improvident” agreements can be disclaimed. What is an improvident agreement? That is a good question. Some courts feel there is an absolute right to disclaim any agreement. There has to be a line somewhere. Without giving the trustee a blanket right of disclaiming every agreement that comes across his desk, the line has to be drawn somewhere.

I agree that determining whether something is profitable or unprofitable can be a significant challenge. There are a number of cases in Australia — probably 10 or so — where the courts have addressed that challenge. The courts setting out principles on how

Le terme de «désavantageux» qu’on pense si bien comprendre, semble, en matière de preuve, poser d’énormes problèmes. Pouvez-vous me donner un exemple d’un cas que tout le monde jugerait «désavantageux», par opposition à un cas limite?

M. Sprigings: Je ne dis pas que le terme «désavantageux» ne serait pas empreint d’une certaine ambiguïté. Les Australiens l’ont découvert dans leur jurisprudence.

Prenons le scénario d’Air Canada comme exemple. Supposons qu’Air Canada a conçu un logiciel de réservation unique et en a concédé une licence à une tierce partie, disons à American Airlines, pour une redevance de 100 000 \$ par année. Mais, en vertu des conditions du contrat de licence, Air Canada devait fournir le soutien technique. Supposons qu’Air Canada n’a pas réussi à persuader 20 transporteurs aériens d’utiliser son logiciel de réservation et que le support technique lui coûte 150 000 \$ par année. Elle perdrait 50 000 \$ par année. Ce qui serait désavantageux.

Ça ne serait pas «désavantageux» si le soutien technique lui coûtait 50 000 \$ et qu’elle recevait 100 000 \$ en redevances. Elle ferait un bénéfice de 50 000 \$ dans cette transaction.

Maintenant, supposons que la United Airlines lui offre ensuite 300 000 \$ pour le logiciel à condition d’avoir l’exclusivité. Le terme «désavantageux» ne veut pas dire qu’on peut résilier le contrat pour conclure un meilleur marché ailleurs.

Le président: À première vue, si le résultat net est négatif, alors c’est désavantageux.

M. Sprigings: Oui, à première vue. On considère le contrat dans son ensemble et le tribunal ou le syndic le juge et détermine s’il rencontre les critères.

Le président: Pensez-vous qu’il y a de fortes chances de trouver des syndics ayant le degré d’expertise requis dans des cas de ce genre? En écoutant les exemples et en lisant le document, j’ai l’impression que les syndics seront appelés à régler des questions extraordinairement subtiles et sophistiquées dans bon nombre de ces domaines. Cela pose-t-il un problème si on ne dispose pas de syndics ayant des connaissances spécialisées?

M. Sprigings: J’apprécie vos préoccupations. Elles sont fondées.

Le problème est l’état du droit au Canada aujourd’hui: pour certains tribunaux, seuls les contrats «imprévoyants» peuvent être résiliés. Qu’est-ce qu’un contrat imprévoyant? C’est une bonne question. Pour d’autres, il existe un droit absolu de résilier tout contrat. Il doit y avoir une limite quelque part. Comme on ne saurait donner au syndic un droit général de résilier n’importe quel contrat à sa guise, il faut établir une limite.

Je conviens qu’essayer de déterminer si une chose est avantageuse ou désavantageuse peut constituer un défi important. Il existe de nombreux cas en Australie — probablement une dizaine — où les tribunaux ont eu affaire à

that job is to be approached should provide the direction to a trustee to try to come to grips with that. It certainly will be a challenging job.

Senator Hervieux-Payette: Everybody is aware that quite a few software firms went bankrupt due to a lack of financial resources to market their product. With all this software, would the trustee just try to contact those who can buy it? Let us say that a company such as Microsoft gets a hold of it and makes zillions of dollars. What is the global situation if it has been sold for a very small amount of money and the author of the software was the majority shareholder in the bankrupt company? Is there anything left for him, or is it just gone with the wind and the intellectual property rights transfer to the company that acquired the software?

The essence of your document is to protect them. In a real situation, however, what happens to the software?

Mr. Spriggs: The current provisions and the provisions in the recommendations only address the situation where the author has assigned the software directly to a bankrupt. That is the first point.

If the author assigns it to a company which then sells it to another company, which sells it to another company, and that company goes bankrupt, the copyright on that software do not go back to the author; he is out of luck.

Where the author has assigned it to Microsoft and Microsoft — heaven forbid — should go bankrupt, then that copyright would flow back to Microsoft on the provision that the author meets the various conditions — such as payment of whatever expenses at whatever point in time.

You make the point that that would likely be cost prohibitive to that poor author in terms of trying to recoup from Microsoft his expenses. That may be the answer to the situation in terms of finding a balance for the creditors, because the author could not recoup that software without compensating the trustee. If he can get financing that does that, then Microsoft's creditors are better off in terms of being somewhat compensated and the copyright owner gets his rights back to deal with as he sees fit.

Computer programs do not typically fit into the realm of literary manuscripts or musical works. They have more of a commercial bent. It would be difficult and problematic to draw that fine distinction in the act. We felt that the legislation should still encompass those kind of literary works, referred to as computer programs.

Senator Hervieux-Payette: Nothing will change for these companies following your report. Most of the time, they must assign their rights to get more funds. The situation is that they seldom own the rights — unless it is a one-person company. What would the venture — that is, web finance — do with this asset? There is no recourse and everything is gone. There is not much money.

des situations de ce genre. Les tribunaux qui établissent les principes régissant la façon d'accomplir ce travail devraient guider les syndic appelés à composer avec tout ça. Ce sera certainement tout un défi.

Le sénateur Hervieux-Payette: Tout le monde sait que de nombreux fabricants de logiciels ont fait faillite par manque de ressources financières pour commercialiser leurs produits. Dans le cas de logiciels, le syndic se bornerait-il à contacter des acheteurs potentiels? Supposons qu'une société comme Microsoft s'approprie un de ces logiciels et en tire une fortune. Que se passe-t-il si l'auteur du logiciel l'a vendu au départ pour une somme dérisoire et qu'il était l'actionnaire majoritaire dans l'entreprise en faillite? Lui reste-t-il quand même quelque chose, ou tout a-t-il été emporté par le vent et ses droits de propriété intellectuelle transférés à l'entreprise qui a acquis le logiciel?

Le but de votre document est de protéger ces droits. Concrètement, toutefois, qu'arrive-t-il au logiciel?

M. Spriggs: Les dispositions actuelles et les dispositions prévues dans les recommandations visent seulement les cas où l'auteur a cédé son logiciel directement à la faillite. C'est le premier point.

Si l'auteur le cède à une société qui, elle, le vend ensuite à une autre, qui le vend à son tour à une troisième, et que cette dernière fait faillite, les droits d'auteur sur le logiciel ne reviennent pas à l'auteur; c'est bien regrettable pour lui.

Dans l'éventualité où l'auteur a cédé son logiciel à Microsoft et que ce dernier — Dieu nous en préserve — fasse faillite, les droits d'auteur reviendraient à Microsoft, sauf si l'auteur remplit les différentes conditions — comme le paiement de toutes les dépenses engagées durant toute la période.

Vous estimez qu'il serait probablement prohibitif pour ce pauvre auteur d'essayer de récupérer ses dépenses de Microsoft. Cela pourrait être la solution pour qu'il reste de l'argent pour les créanciers parce que l'auteur ne pourrait pas récupérer son logiciel sans indemniser le syndic. S'il peut obtenir du financement pour le faire, les créanciers de Microsoft se trouveront placés dans une situation avantageuse puisqu'ils seront indemnisés et, de son côté, le détenteur du droit d'auteur récupère ses droits pour en faire ce que bon lui semble.

Les programmes informatiques ne font normalement pas partie du royaume des manuscrits littéraires et des oeuvres musicales. Ils ont un penchant plus commercial. Il serait difficile de tracer cette subtilité dans la loi. Ainsi, nous pensons que la législation devrait continuer à traiter les programmes informatiques comme faisant partie de l'ensemble des oeuvres littéraires.

Le sénateur Hervieux-Payette: Rien ne changera pour ces entreprises selon votre rapport. La plupart du temps, elles doivent céder leurs droits pour avoir plus d'argent. Le fait est qu'elles possèdent rarement les droits — sauf dans le cas d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Que ferait une entreprise risquée, du genre commerce électronique, d'un tel actif? Il n'y a pas de recours et tout part en fumée. Il n'y a pas beaucoup d'argent.

The Chairman: Thank you, witnesses and senators. We will have to draw this portion to a close. Thank you for your patience and for your presentation.

With apologies for the timing, we would like to recognize the presence of Mr. Saul Schwartz, Mr. Dave Stewart and Ms. Guylaine Houle.

We are dealing with a substantial report, a large body of material and a very late hour. I ask that we make our collective best efforts to focus on the critical issues with the understanding that if we miss things in the course of our work, we can come back to you again.

Mr. Saul Schwartz, School of Public Policy and Administration, Carleton University, Personal Insolvency Task Force: Thank you for inviting us here today. The Personal Insolvency Task Force was a large group drawn from a cross-section of professionals who are deeply involved in the Canadian bankruptcy system. The task force comprised 23 academics, bankruptcy trustees and lawyers. For that reason, its recommendations should be taken very seriously, and I am sure the committee will do so.

There was widespread discussion, a lot of argument and compromise in connection with each recommendation in this voluminous report. We will not talk about all the recommendations; we will only hit the highlights. We did not agree on everything. Two of the members wrote dissenting opinions that appear in the back of the report.

Today, we will discuss several of the major recommendations. I will briefly discuss the recommendations that relate to the discharge of student loans and the limited exemption that we propose for RRSPs. Ms. Houle will address the task force's proposals for streamlining the summary administration process and the task force's suggestions concerning payments made by the bankrupt individual after they file for bankruptcy.

On my left is Dave Stewart. I have asked him to accompany us because he really has a full and comprehensive understanding of not only all our recommendations, but of many things relating to personal bankruptcy. Mr. Stewart is here as a technical adviser, not as someone taking a position on any of the recommendations in the report.

With respect to student loans, our recommendation is that we make it easier to discharge student loans in bankruptcy, reducing the waiting period from the current 10 years to five years, and introducing the possibility of a hardship hearing one year after the debtor leaves school. There is a strong principle here at work that permeates bankruptcy as a whole — namely, that all creditors, and therefore all debts, should be treated equally unless there is a compelling policy reason to treat them differently. For example, we do not allow the discharge of child support obligations, because we believe that to do so would affect the welfare of the affected children.

Le président: Je remercie les témoins et les sénateurs. Nous devons mettre fin à cette partie. Merci de votre patience et de vos exposés.

Avec nos excuses pour le choix du moment, je voudrais constater la présence de M. Saul Schwartz, M. Dave Stewart et Mme Guylaine Houle.

Nous avons devant nous un rapport volumineux, un grand nombre de documents et l'heure est tardive. Je demande que nous fassions tous des efforts pour mettre l'accent sur les questions importantes sachant que si nous manquons un élément en cours de route, nous pouvons toujours revenir à vous.

M. Saul Schwartz, École des politiques publiques et de l'administration, Université de Carleton, Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle: Merci de nous avoir invités ici aujourd'hui. Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle était un grand groupe issu d'un échantillon de professionnels qui jouent un rôle actif dans le système de faillite au Canada. Le groupe de travail comprenait 23 universitaires, syndics de faillite et avocats. Pour cette raison, ces recommandations doivent être prises au sérieux, et je suis sûr que le comité le fera.

Il y a eu un large débat, beaucoup de discussions et de compromis sur chaque recommandation contenue dans ce volumineux rapport. Nous ne parlerons pas de toutes les recommandations, mais nous allons seulement ressortir les faits saillants. Nous ne nous sommes pas entendus sur toute la ligne. Deux membres ont émis des opinions divergentes que l'on peut lire à la fin du rapport.

Aujourd'hui, nous discuterons de plusieurs recommandations principales. Je parlerai brièvement des recommandations ayant trait à la libération des dettes contractées par suite d'un prêt étudiant et de la proposition concernant l'insaisissabilité limitée des REER en cas de faillite. Mme Houle, quant à elle, se penchera sur les propositions du groupe de travail en rapport avec la rationalisation du processus administratif sommaire et sur les suggestions concernant les paiements faits par le failli après avoir déclaré faillite.

À ma gauche, c'est M. Dave Stewart. Je lui ai demandé de nous accompagner parce qu'il a une compréhension complète et détaillée de nos recommandations, et également de beaucoup d'aspects en rapport avec la faillite personnelle. M. Stewart est ici en tant que conseiller technique, et ne prendra position sur aucune des recommandations de notre rapport.

Concernant les prêts étudiants, notre recommandation est de faciliter la libération des dettes contractées par suite d'un prêt étudiant en cas de faillite, en réduisant la période d'attente actuelle de 10 ans à cinq ans, et en offrant la possibilité d'une entrevue en cas de difficultés exceptionnelles d'existence, un an après que le débiteur aura quitté l'école. C'est là un principe fort qui permet la faillite dans l'ensemble — à savoir que tous les créanciers, et par conséquent les dettes, doivent être traités sur un pied d'égalité, à moins d'un motif réglementaire impérieux imposant de les traiter différemment. Par exemple, nous ne permettons pas la libération de la pension alimentaire pour enfants parce que nous croyons que cela nuirait au bien-être des enfants concernés.

Some would argue that there is a compelling reason not to allow discharge of student loans because there is an intimation that, somehow, that discharge would be abuse of bankruptcy provisions. If these young people have completed a university degree and are about to go on to well-paid careers, allowing them to discharge their student loans would be an abuse of the bankruptcy provisions.

However, my own survey research and the experience of many trustees such as Ms. Houle seem to suggest otherwise. It seems that most of those seeking the discharge of their student loans do not have degrees. Perhaps they went to university or college or trade school, did not get a degree and did not, therefore, benefit from their education in terms of higher earnings. In addition, they have very low current income. In fact, it is clear to me, at least, that these are not, by and large, young professionals seeking to get rid of six-figure debt so that they can go on to make bigger bucks later on. If anything, the financial situation of most of those seeking to discharge student loans through bankruptcy is worse than that of a typical bankrupt. For that reason, the task force believes that current provisions concerning the discharge of student loans are inappropriate.

On the subject of RRSPs, we have recommended a limited exemption for RRSPs. This is a fairly limited problem. Most bankrupts do not have RRSPs. We are talking about one in ten or one in twenty. A fairly small proportion of those declaring personal bankruptcy have RRSPs that might or might not be discharged. On the issue of RRSPs, there is a principle at work here as well. The principle is that future earnings should be exempt. When you go through bankruptcy, you are discharged from your current debt. The future earnings that you make after you leave bankruptcy cannot be put over to the creditors. Similarly, registered pensions, the kind of pensions that I have at Carleton University, are exempt from seizure. No one can take my Carleton pension from me, even if I should declare bankruptcy tomorrow. The principle there is that those pensions substitute for future earnings as well. They are the earnings I might have after I retire.

Similarly, RRSPs are intended to be a source of retirement income for those who do not have registered pension plans — the self-employed and other professionals for example. In contrast to registered pensions, those RRSPs are not currently exempt. We, therefore, recommend their exemption. The problem is that that exemption must be limited to avoid abuse.

The three limits we are proposing are quite clear. First, the RRSP must be locked in until the person actually retires, because RRSPs, unlike my Carleton pension, can be cashed in tomorrow. I cannot, in any way, turn my Carleton pension into money, but I could, with a penalty, turn my RRSP into money.

Second, all the RRSP contributions made within three years of the date when the person is filing for bankruptcy must be turned over to creditors. The reason is clear: If they were known to be

Certains diraient qu'il est tout à fait justifié de ne pas permettre la libération des prêts étudiants, laissant ainsi entendre que ce serait abuser des dispositions sur la faillite. Si ces jeunes diplômés universitaires sont sur le point d'entreprendre des carrières bien rémunérées, ce serait abuser des dispositions sur la faillite que de les libérer de leurs prêts étudiants.

Toutefois, mes propres recherches et l'expérience de nombreux syndics, comme Mme Houle, semblent contredire cette position. Il semble en effet que la plupart des personnes qui demandent à être libérées de leurs prêts étudiants n'ont pas de diplôme. Il est possible qu'elles aient fréquenté l'université, le collège ou une école de métiers, qu'elles n'aient pas obtenu de diplôme et, par conséquent, que leurs études ne leur rapportent pas un salaire plus élevé. En outre, leur revenu actuel est très bas. En fait, il est clair, du moins pour moi, qu'en général, ce ne sont pas de jeunes professionnels qui cherchent à liquider une dette qui se situe dans les six chiffres pour pouvoir faire plus d'argent par la suite. La plupart des personnes qui cherchent à se libérer de leurs dettes d'études en faisant faillite se trouvent dans une situation financière pire que celle des faillis habituels. C'est pourquoi le groupe de travail est d'avis que les dispositions actuelles concernant la libération des prêts étudiants ne sont pas appropriées.

En ce qui a trait aux REER, nous avons recommandé une exemption limitée. Cette mesure aurait passablement peu d'incidences, puisque la plupart des faillis, soit environ un sur dix ou un sur vingt, n'ont pas de REER. Un faible pourcentage des personnes qui se déclarent en faillite personnelle ont des REER qui peuvent ou non être exemptés. Il se pose également une question de principe, à savoir que les revenus futurs devraient être exemptés. Lorsqu'une personne se met en faillite, elle est libérée de sa dette courante. Les créanciers ne peuvent toucher aux revenus qu'elle fait par la suite. De même, les fonds enregistrés de pension, comme celui que j'ai à l'Université Carleton, ne peuvent être saisis. Personne ne peut toucher à ce fonds de pension même si je me déclare en faillite demain. Le principe est le suivant: ce fonds de pension remplace des revenus futurs. Il constitue les revenus que je pourrais avoir après ma retraite.

De même, le but des REER est de fournir un revenu de retraite à ceux qui n'ont pas de régime de pension agréé — les travailleurs autonomes et autres professionnels, par exemple. Contrairement aux fonds de pension enregistrés, ces REER ne sont pas exemptés à l'heure actuelle. Nous recommandons donc une telle exemption, en prévoyant toutefois certaines limites pour éviter les abus.

Les trois limites que nous proposons sont passablement claires. D'abord, le REER doit être immobilisé jusqu'à la retraite. En effet, les REER peuvent être encaissés en tout temps, moyennant une pénalité, ce que je ne pourrais faire d'aucune façon avec mon fonds de pensions de l'Université Carleton.

En deuxième lieu, toutes les contributions faites au titre d'un REER au cours des trois années précédant la date de l'ouverture de la faillite doivent être remises aux créanciers. La raison en est

exempt, people might be tempted to make RRSP contributions in that three-year period instead of paying that money over to their creditors as, perhaps, they should.

Finally, the size of the exemption should be capped. Otherwise, you might have special cases where someone wisely invested his RRSP money and had millions of dollars that he is claiming to be exempt in bankruptcy. That would seem unfair. The cap is roughly in the order of \$300,000 for a 40-year-old debtor. There is a specific and fairly simple formula.

The last thing I want to say about RRSPs is that our group was especially concerned to make our recommendations practical. There were a lot of trustees and lawyers sitting around the room. We were trying to come up with a system that would not impose a huge burden on the system and we believe we have done this.

[Translation]

Ms. Guylaine Houle, Litwin Boyadjian Inc., Personal Insolvency Task Force: Senators, I would like to thank you for having me here tonight. First, I will present a brief, two-part summary. I would first like to talk about the changes proposed by the task force concerning the bankruptcy procedure.

Concerning personal bankruptcy, there are two important points to remember. We must maintain the integrity of the system and an optimal level of efficiency in order to allow interested parties to defend their point of view in the relevant files. With this in mind, the task force recommended that creditors be given more of the information normally issued in initial notices which demonstrates that the debtor has gone bankrupt. This would allow creditors to establish their level of participation in the bankruptcy file in question.

Second, I would like to briefly discuss the voluntary agreement made by bankrupts to make payments to the trustee after the discharge.

The current law that is applicable follows the *Bethelet* ruling which establishes that a payment agreement that extends beyond the bankrupt's discharge date is illegal; thus, since the *Berthelet* ruling, trustees may not extend such agreements.

This decision has reduced the funds accessible to creditors and trustees, which causes a funds shortfall in summary administration files. These are minimal amounts in any case, be they for the trustee's fees or fees inherent to the simple administration of the bankruptcy, but these funds are insufficient. The fact that there is a funds shortfall is not a sufficient argument for the trustee to oppose the discharge of bankrupts. Repeatedly, the courts have advised us that they would not accept this ground as a reason to oppose the bankrupt's discharge.

simple: si ces contributions étaient exemptées, certains pourraient être tentés de contribuer à leur REER au cours de cette période de trois ans au lieu de verser cet argent à leurs créanciers, comme ils devraient peut-être le faire.

Enfin, l'exemption doit être assortie d'un plafond pour éviter qu'une personne avisée puisse investir dans un REER et accumuler des millions de dollars qui seraient protégés en cas de faillite. Cette situation serait injuste. Le plafond est de l'ordre de 300 000 \$ pour un débiteur de 40 ans, selon une formule précise et passablement simple qui a été élaborée.

Une dernière chose au sujet des REER: notre groupe avait le souci de formuler des recommandations pratiques. Bon nombre de syndicats et d'avocats ont participé à l'exercice. Nous avons essayé d'en arriver à une solution qui n'alourdirait pas le système et nous croyons avoir réussi.

[Français]

Mme Guylaine Houle, Litwin Boyadjian inc., Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle: J'aimerais vous remercier, sénateurs, de me recevoir ce soir. Je ferai tout d'abord un bref résumé en deux points. Je vous parlerai, dans un premier temps, des changements proposés par le groupe de travail, relatifs à la procédure de la faillite.

Dans le cadre de la faillite personnelle il y a deux points importants à retenir. Il faut maintenir l'intégrité du système et un niveau d'efficacité optimal afin de permettre aux parties intéressées de défendre leur point de vue dans les dossiers pertinents. De ce fait, le groupe a recommandé que soit remis aux créanciers une plus grande partie des informations, émises normalement par les avis initiaux, dans lesquelles il est démontré que le débiteur a fait faillite. Cela permettrait aux créanciers d'établir leur niveau de participation dans le dossier de la faillite en question.

Dans un deuxième temps, j'aimerais parler brièvement de l'entente volontaire de la part des faillis pour effectuer des paiements au syndic après la libération.

L'état actuel du droit est celui qui fait suite à l'arrêt *Berthelet*, qui établit qu'une entente de paiement qui se prolonge après la date de libération du failli est illégale; de ce fait, depuis l'arrêt *Berthelet*, les syndicats ne peuvent plus continuer de telles ententes.

Cette décision a réduit la masse accessible aux créanciers et aux syndicats, ce qui cause un manque de fonds dans les dossiers d'administration sommaire. Ce sont des fonds minimes, de toute façon, que ce soit pour les honoraires du syndic ou des frais inhérents à la simple administration de la faillite, mais ces fonds deviennent insuffisants. Le fait qu'il y ait un manque de fonds n'est pas un argument suffisant pour que le syndic puisse s'opposer à la libération des faillis. À maintes reprises les tribunaux nous ont avisés qu'ils n'accepteraient pas ce motif d'opposition à la libération du failli.

Moreover, in our task force's discussions, it was established that the interested parties in personal bankruptcy are in general seeking a probability of payment and not necessarily a guarantee that the trustee's fees and administrative fees will be paid in the bankruptcy.

For these reasons, the task force recommends that a change be made to the Bankruptcy and Insolvency Act in order to allow the trustee, under certain conditions, to conclude a voluntary payment agreement with the debtor who has no excess income. The first condition is that a ceiling be set on the amount to be paid, which would correspond to the fees established by a regulation pursuant to the Bankruptcy and Insolvency Act. The second condition is that there be a maximum payment period set during which the debtor may make these additional payments. To these two conditions we would add the following one: the bankrupt must not be placed in an excessively difficult situation with regard to his or her family expenses.

[English]

Mr. Schwartz: We would appreciate any questions you might have of us.

Senator Angus: I note that all three of you were on the task force. You served on it and put in thousands of volunteer hours representing different constituencies: Mr. Schwartz, from the academic side; Ms. Houle, a trustee in bankruptcy; and Mr. Stewart, from the government side and the chairman of your task force. Whatever we are unable to resolve this evening, rest assured that we can go to Mr. Goldstein with our concerns.

Mr. Schwartz: We are not sure we want him to speak for us unilaterally.

Senator Angus: He has been flattering in his comments about you folks.

Mr. Schwartz: He was a great chairman, and you should listen to him whenever you can.

Senator Angus: This report — and I confess that this escaped me before — is more than a year old now. A lot of this work took place in 2001 and the early part of 2002, and maybe even earlier. I appreciate that you may be seeing the light at the end of the tunnel.

I direct my comments to you first, Mr. Stewart, if I may. When do you see legislation coming in your role as a technical adviser?

Mr. Dave Stewart, Special Project Leader, Office of the Superintendent of Bankruptcies, Personal Insolvency Task Force: In my role as a technical advisor, I would hope to see legislation as soon as possible. Is that general enough for you?

Senator Angus: I think that is a good start, as we say. Actually, are you aware of draft legislation that is being prepared as we speak?

Mr. Stewart: No, there is no draft legislation. We are waiting for your report.

De plus, dans les discussions de notre groupe de travail, il a été établi que les parties intéressées dans la faillite personnelle, en général, recherchent plutôt une probabilité de paiement et non nécessairement une garantie qu'il y aura paiement des honoraires du syndic et des administrations dans le cadre de la faillite.

De ce fait, le groupe de travail recommande qu'une modification soit apportée à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité afin de permettre, sous certaines conditions, au syndic de conclure une entente de paiement volontaire avec le débiteur qui n'a pas de revenu excédentaire. La première condition est qu'il existe un plafond du montant à payer, lequel correspondrait aux honoraires établis par le règlement, en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité. La deuxième condition est qu'une période maximale de paiement soit fixée à l'intérieur de laquelle le débiteur puisse effectuer ces versements additionnels. Dans le cadre de ces deux conditions s'ajoute la condition suivante: le faillit ne doit pas se trouver dans une situation de difficulté excessive en ce qui a trait à ses dépenses familiales.

[Traduction]

M. Schwartz: Nous sommes prêts à répondre à vos questions.

Le sénateur Angus: Je remarque que vous faisiez tous les trois partie du groupe de travail. Vous y avez consacré des milliers d'heures à titre gratuit et y avez représenté trois secteurs différents: M. Schwartz, du milieu universitaire, Mme Houle, syndic de faillite, et M. Stewart, représentant du gouvernement et président du groupe de travail. Soyez assurés que nous pouvons nous adresser à M. Goldstein s'il y a des choses que nous ne pouvons régler ce soir.

M. Schwartz: Nous ne sommes pas certains de vouloir qu'il parle pour nous de façon unilatérale.

Le sénateur Angus: Il a été très élogieux à votre égard.

M. Schwartz: Il a été un bon président, et vous devriez l'écouter autant que possible.

Le sénateur Angus: Ce rapport — et je dois admettre que cela m'a échappé — a été rédigé il y a plus d'un an. Ce travail a été fait en grande partie en 2001 et au début de 2002, peut-être même avant. Vous devez voir enfin la lumière au bout du tunnel.

Si vous me le permettez, j'adresserai mes premiers commentaires à vous, monsieur Stewart. Quand souhaiteriez-vous une loi relative au rôle de conseiller technique?

M. Dave Stewart, chef des projets spéciaux, Bureau du surintendant des faillites, Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle: J'aimerais qu'une loi soit adoptée le plus tôt possible à ce sujet. Est-ce assez général pour vous?

Le sénateur Angus: C'est un bon début, comme on dit. En fait, savez-vous si un avant-projet de loi est en cours de rédaction à l'heure actuelle?

M. Stewart: Non, il n'y en a pas. Nous attendons votre rapport.

Senator Angus: Okay. That is helpful. You were in the room for the previous witnesses on the intellectual property issue. Did your task force take cognizance of any of the points on intellectual property, the disclaimer of agreements, and so on?

Mr. Stewart: This particular task force dealt with personal insolvency.

Senator Angus: That is what I thought, but I thought that those things would apply sometimes in personal cases.

Mr. Schwartz: I do not believe that we considered or made recommendations on the intellectual property issues that were raised by the last group.

Senator Angus: I was leafing through the report and did not see any mention of intellectual property. In respect of the RRSP issue, I was a little confused. I recall that there was an issue that certain RRSPs that are registered and are administered by insurance companies enjoy a certain status under these applicable statutes, whereas self-administered RRSPs, which, from a fiscal point of view, enjoy all the same tax benefits — maybe greater, maybe lesser risk, who knows — do not enjoy these benefits under insolvency legislation. Am I right on that? What is the difference?

Mr. Schwartz: Yes. One type of RRSP administered by insurance companies under certain circumstances is exempt under the BIA. All other RRSPs, are not exempt. The argument against that is that only people who are either prudent enough to find out for themselves or who can afford good advice and who anticipate the possibility of bankruptcy might purchase such RRSPs.

There was already a precedent for exempting some kinds of RRSPs, but it did not seem favour to exempt only one narrow tranche of RRSPs when we felt the entire range should be exempt.

Senator Angus: I fully agree with you. However, my concern is that particular tranches — the insurance companies that are already exempt — have no restrictions on those exemptions along the lines that you have outlined for other ones that would be afforded an exemption subject to this cap. I am aware of some RRSPs with insurance companies that have had good investments with several million-dollar asset values that are totally exempt. Are you suggesting they be brought into that?

Mr. Schwartz: Absolutely. Our recommendation G on page 23, says basically that provincial exemption for the insurance-type RRSPs should be set aside so all RRSPs are covered by the same statute and, therefore, treated in the same way.

Senator Angus: That addresses directly my point. It is consistent.

Mr. Schwartz: I was not immediately involved in the details of this recommendation. We gave considerable attention to exactly the kinds of concerns that you have raised. These are legitimate

Le sénateur Angus: D'accord. Voilà qui est intéressant. Vous étiez dans la salle lorsque les témoins précédents ont parlé de la propriété intellectuelle. Votre groupe de travail a-t-il pris connaissance des points soulevés sur la propriété intellectuelle, la résiliation des contrats, et cetera?

M. Stewart: Notre groupe de travail s'est penché sur l'insolvabilité personnelle.

Le sénateur Angus: C'est bien ce que je pensais, mais j'ai cru que ces questions pourraient parfois s'appliquer aux cas personnels.

M. Schwartz: Autant que je sache, nous n'avons pas étudié les questions liées à la propriété intellectuelle qui ont été soulevées par le dernier groupe et nous n'avons formulé aucune recommandation à ce sujet.

Le sénateur Angus: J'ai feuilleté le rapport et je n'y ai trouvé aucune référence à la propriété intellectuelle. Concernant la question des REER, je m'y perds un peu. Je me souviens d'avoir lu que certains REER qui sont agréés et administrés par des compagnies d'assurance comportent certains avantages en vertu des lois applicables, contrairement aux REER autogérés qui, du point de vue de la fiscalité, sont assortis des mêmes avantages fiscaux, — peut-être avec des risques supérieurs ou inférieurs, qui sait — sans toutefois profiter de la loi sur l'insolvabilité. Est-ce exact? Quelle est la différence?

M. Schwartz: Oui. Un type de REER géré par les compagnies d'assurance dans certaines circonstances est exempté en vertu de la LFI. Cette exemption ne touche aucun autre REER. L'argument que nous opposons à ce sujet est le suivant: seules les personnes qui sont suffisamment avisées pour s'informer elles-mêmes ou qui ont les moyens de bien se faire conseiller et de prévoir la possibilité d'une faillite peuvent acheter ce genre de REER.

Il y a déjà eu un précédent relatif à l'exemption de certains types de REER, mais il ne semblait pas souhaitable d'exempter une infime catégorie de REER, au lieu de toutes.

Le sénateur Angus: Je suis tout à fait d'accord avec vous. Toutefois, certaines catégories — dont les REER des compagnies d'assurance qui sont déjà exemptés —, ne sont assujetties à aucun plafond comparable à ce que vous proposez pour d'autres types de REER. Je sais que certains REER gérés par des compagnies d'assurance qui ont fait d'excellents investissements avec des valeurs d'actifs de plusieurs millions de dollars sont entièrement exemptés. À votre avis, ces REER devraient-ils être inclus?

M. Schwartz: Absolument. Notre recommandation G, à la page 27, dit essentiellement que l'exemption au titre des lois provinciales sur les rentes de type REER devrait être abolie pour que tous les types de REER soient assujettis à la même loi et, par conséquent, traités de la même façon.

Le sénateur Angus: C'est là où je voulais en venir. C'est une question de cohérence.

M. Schwartz: Je n'ai pas participé dès le début à l'élaboration de cette recommandation. Nous nous sommes longuement penchés sur les préoccupations que vous avez soulevées, et qui

concerns and we talked about them at great length. Embedded in this long report are these very practical deliberations, which resulted in a recommendation that is well thought out and practical.

Senator Angus: The recommendations are quite specific, as I gather. As legislators, we like to see that in terms of proposed amendments to the law. Do you feel that these are generally acceptable to the stakeholders? You had five main groups represented.

Ms. Houle: Our discussions took into consideration all the stakeholders. It was important to us to consider everyone's opinion. The compromises that reached satisfied everyone.

Our recommendations are very specific. We did not feel that the act required a complete change. We felt that certain portions needed to be changed because of the change in the economy and society. We reviewed the things that do not work so well in order to make them work better.

Everyone agreed. There are a few dissenting opinions published at the end of the report. While we did not reach unanimity on many topics, once everyone's point of view was discussed, we made some compromises and arrived at the recommendations, which were in greater part accepted by the unanimous committee.

Senator Angus: I find that extremely helpful, particularly, inasmuch as one of the stakeholders — and perhaps ultimately the most important one — is the government, which was participating in the deliberations and debate. There is no particular resistance from the government representatives.

I understand, Mr. Stewart, you were one of nine or 10 representatives saying that this would never fly and you could not get it through Parliament.

Mr. Stewart: We did not take a lead role on the committee. We did not have a vote on the measures that were brought forward. We were there to provide support, technical information and statistics.

Senator Angus: You would have been aware of all of the directions in which they were going. Would it be fair to say that if you found them going the wrong way you might comment?

Mr. Stewart: We never got to that point.

Ms. Houle: When we were not certain of which direction would be most appropriate, we would discuss with it. We were not there to provide a report that we knew would never pass Parliament.

All of us love what we do; work in bankruptcy in many forms. Therefore, it was in all our interests to make the system work better. When we were not sure, we would go to a government representative who would know more about the policies that we, as practitioners, may not be aware.

Senator Angus: That is very refreshing. You were right on the point that I was raising.

sont tout à fait légitimes. Ces délibérations très pratiques se retrouvent dans ce rapport volumineux et ont donné lieu à une recommandation longuement mûrie et pratique.

Le sénateur Angus: Je crois comprendre que les recommandations sont passablement précises. À titre de législateurs, nous souhaitons les envisager sous l'angle de modifications proposées à la loi. Croyez-vous qu'elles sont généralement acceptables pour les intervenants? Après tout, cinq grands groupes étaient représentés au sein de votre équipe.

Mme Houle: Nous avons tenu compte de tous les intervenants. Il était important pour nous de tenir compte de l'opinion de chacun, et les compromis qui se sont dégagés ont satisfait tout le monde.

Nos recommandations sont très précises. Nous ne croyons pas que la loi doive être complètement modifiée. Certaines modifications s'imposent en raison des changements qui s'observent dans l'économie et la société. Nous avons revu les aspects déficients pour que les choses fonctionnent mieux.

Tout le monde était d'accord. Quelques opinions dissidentes sont présentées à la fin du rapport. Même si nous n'avons pas obtenu l'unanimité sur bon nombre de sujets, nous avons examiné le point de vue de chacun, fait des compromis et formulé les recommandations, qui ont été en majeure partie acceptées par un comité unanime.

Le sénateur Angus: Je trouve cela extrêmement intéressant, d'autant plus qu'un des intervenants — et peut-être le plus important — est le gouvernement, qui a participé aux délibérations et au débat. Les représentants du gouvernement ne montrent aucune réticence particulière.

Je crois comprendre, monsieur Stewart, que vous étiez l'un des neuf ou dix représentants à dire que ça ne réussirait jamais et que le Parlement ferait la sourde oreille.

M. Stewart: Nous n'avons pas joué un rôle directeur au sein du comité. Nous ne pouvions pas nous prononcer sur les mesures proposées. Nous étions là pour fournir du soutien, de l'information technique et des statistiques.

Le sénateur Angus: Vous étiez certainement au courant des orientations du groupe. Serait-il juste de dire que vous auriez fait des commentaires s'il s'était fourvoyé?

M. Stewart: Nous n'en sommes jamais arrivés là.

Mme Houle: Lorsque nous n'étions pas certains de la direction à prendre, nous en discutons. Nous n'étions pas là pour fournir un rapport qui n'aurait jamais été accepté par le Parlement.

Nous aimons tous ce que nous faisons, c'est-à-dire travailler dans le domaine des faillites sous toutes les formes. Nous avons donc tout intérêt à faire en sorte que le système fonctionne mieux. Dans le doute, nous allions consulter un représentant du gouvernement qui connaissait les politiques mieux que nous, qui sommes des praticiens.

Le sénateur Angus: C'est très encourageant. Vous avez exactement répondu au point que je soulevais.

Being the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, we get many financial submissions. We get submissions from persons with positions that they want to advocate in the financial area. For example, we may get a proposal for a change to a tax treaty, a tax law or some financial regulatory provision. The first question I ask is, "That makes a lot of sense to me, but have to tried it out in the Department of Finance?" When they reply that they have not run it by officials from that department, I wonder what they are doing here.

It was in that spirit that I asked my question. You answered it in that spirit. I am comforted.

Ms. Houle: That was certainly the spirit in which the report was written and in which we worked on the report.

[Translation]

Senator Massicotte: The report is very well put together. I agree with several of the recommendations that have been made.

[English]

I have an issue with the RRSP. I buy in easily when you say to make it comparable and fair from the perspective of the life insurance issue. However, should they do so? I gather that the life insurance exclusion started several decades ago when it was for the benefit of the heirs of the deceased. That is when the court excluded it.

Let us say that I lend you two dollars. You tell me that you cannot pay me back because you do not have two dollars. You tell me that you have one dollar in RRSPs but you do not want me to use them. You want the RRSP it to be excluded from the repayment of that debt.

If you follow that concept, you are saying that you want to protect a certain lifestyle. I appreciate the policy decision of the government that we should encourage savings. However, as a creditor, I would be subsidizing your future income and I am not sure that I should be doing so. I can appreciate maybe the government should have social programs to give you that minimum income. However, why would I subsidize your future lifestyle?

Ms. Houle: I should like to say that we did not approach it from that point of view. We approached it from the point of view that there was an injustice in the sense that if you so happen to be working for a company that had a pension plan, although you did not make any contributions, your pension plan is cannot be seized.

On the other hand, the ordinary worker, who does not have any financial guidance or advice, saves \$100 per year or per month in his RRSP. However, because he does not have the money or the knowledge to seek advice from someone who will advise him what kind of RRSP would be protected from bankruptcy, there is an imbalance in the system. That is how we arrived at this point. Obviously, some RRSPs are not seizable as the law currently stands.

De nombreux exposés financiers sont présentés devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce par des gens qui font valoir leurs points de vue dans le secteur des finances. Il peut s'agir, par exemple, d'une proposition visant à modifier une convention fiscale, d'une loi fiscale ou d'un règlement du domaine des finances. La première question que je pose est la suivante: «Cela me semble pertinent, mais l'avez-vous mis à l'essai au ministère des Finances?» Lorsqu'ils me répondent qu'ils n'ont pas donné d'explications aux fonctionnaires du ministère, je me demande alors en quoi ils sont utiles.

C'est dans cet état d'esprit que je posais ma question, à laquelle vous avez répondu dans le même esprit. Je suis soulagé.

Mme Houle: C'est dans cet esprit que nous avons travaillé et que nous avons rédigé notre rapport.

[Français]

Le sénateur Massicotte: Le rapport est très bien fait. Je suis d'accord avec plusieurs des recommandations jusqu'à maintenant.

[Traduction]

J'ai des réserves relativement aux REER. Je suis entièrement d'accord quand vous dites qu'ils doivent être traités sur le même pied que l'assurance-vie, par souci d'équité. Toutefois, est-ce justifiable? Il me semble que l'exclusion des polices d'assurance-vie a commencé il y a quelques décennies, dans l'intérêt des héritiers. C'est alors que les tribunaux les ont exclues.

Disons que je vous prête deux dollars. Vous me dites que vous ne pouvez pas me rembourser parce que vous n'avez pas deux dollars. Vous me dites que vous avez un dollar dans un REER, mais vous ne voulez pas que j'y touche. Vous ne voulez pas que votre REER serve à rembourser votre dette.

Si vous poursuivez ce raisonnement, ce que vous dites, c'est que vous voulez protéger un certain niveau de vie. J'apprécie que le gouvernement cherche à encourager l'épargne. Toutefois, en tant que créancier, je subventionnerais vos revenus futurs et je ne suis pas certain que je devrais le faire. J'accepterais peut-être que le gouvernement ait des programmes sociaux qui vous garantissent un revenu minimum. Toutefois, pourquoi devrais-je subventionner votre niveau de vie futur?

Mme Houle: J'avoue que nous n'avons pas abordé la question sous cet angle. Nous l'avons plutôt abordée sous l'angle de l'injustice, en ce sens que si vous travaillez pour une entreprise qui a un régime de pension de retraite, même si vous ne versez pas de cotisations, votre régime de retraite ne peut pas être saisi.

D'un autre côté, vous avez le travailleur ordinaire, qui ne reçoit aucun conseil financier et qui verse 100 \$ par année ou par mois dans son REER. Toutefois, parce qu'il n'a pas l'argent ou encore les connaissances suffisantes pour demander conseil à quelqu'un qui lui dirait quel type de REER serait à l'abri d'une faillite, il y a un déséquilibre dans le système. C'est par ce raisonnement que nous sommes arrivés à notre conclusion. Évidemment, certains REER ne peuvent pas être saisis aux termes de la loi actuelle.

There were four or five groups of creditors on the committee. It was clear, from the generality of the loans they make to consumers, that most of them do not lend on the strength that you have an RRSP. They lend on the strength of other assets that you may have or on the potential that you are a moral, upstanding person who is unlikely to go bankrupt and who will repay the loan. That is how all the creditors on the task force expressed it. There were cases when someone went bankrupt and had an RRSP of \$5,000 or \$10,000 that was protected, but they never complained about it. There was never any discussion.

Mr. Schwartz mentioned that few of our bankrupts — one in 10 — would come in with an RRSP. I only do personal bankruptcies and I rarely come across people with large RRSPs of \$100,000 and more. That combination does not exist in my practice. People who come to me have small RRSPs, which they have saved by the sweat of their work and then they lose it in a case of bankruptcy. Those people would not have been advised correctly.

Senator Massicotte: I understand the issue of fairness but two wrongs do not make a right. I will go to the other issue. Obviously, banks want certainty. I have someone working for me who told me last week that the bank lent him money to invest in an RRSP; he takes back 30 per cent and repays the loan. Banks will adjust to the rules, in other words.

I suspect if you exclude a number of items from collateral security, the banks will lend less money and there will be less credit in our society. One could argue that as being good, given that consumer debts are high but credit facilities are important to an economy. Has that been considered — how these proposed exclusions would affect the economy?

Mr. Schwartz: We did not get the impression that banks were using the RRSPs as collateral for loans. Therefore, their exemption would not substantially reduce the amount of credit being made available. The general issue of ensuring that there was enough good credit and that we need credit to keep the economy functioning was raised, and we agreed that it was important to protect.

Ms. Houle: One of the reasons for the clawback was precisely that. If you have borrowed for your RRSP, in most cases, you have probably repaid it within a period of three years. However, if it has been under three years, you have probably not repaid the amount that you borrowed for your RRSPs. That story is common and it is my understanding that most banks do it that way. They lend 30 per cent, which is paid back, and then the balance is paid back on a monthly basis over a period of X-number of months.

Il y avait quatre ou cinq groupes de créanciers qui siégeaient au comité. À en juger d'après l'ensemble des prêts qu'ils accordent aux consommateurs, il est évident qu'ils ne tiennent pas compte des REER pour décider d'en accorder ou non. Ils tiennent compte d'autres éléments d'actif que l'emprunteur pourrait avoir, ou du fait qu'il est probablement une personne fiable, responsable et peu susceptible de faire faillite, et qu'il remboursera sa dette. C'est ce qu'ont décrit tous les créanciers qui siégeaient au groupe de travail. Ils ont parlé de cas où quelqu'un qui déclarait faillite avait un REER protégé de 5 000 ou de 10 000 \$, mais ils ne s'en sont jamais plaints. Il n'y avait pas de problème.

M. Schwartz a mentionné que quelques-uns des dossiers de faillite dont nous nous occupons — un sur 10 — comportaient un REER. Je ne m'occupe que de faillites personnelles et j'ai rarement des clients qui ont des REER importants, de 100 000 \$ ou plus. C'est une situation que nous ne rencontrons jamais à mon cabinet. Les gens qui viennent me consulter ont des REER modestes, qu'ils ont accumulé à la sueur de leur front, et ils les perdent en cas de faillite. Ces personnes n'ont probablement pas été bien conseillées.

Le sénateur Massicotte: Je comprends qu'il y a un problème d'équité, mais on ne guérit pas le mal par le mal. J'aimerais passer à l'autre point. De toute évidence, les banques recherchent la sécurité. J'ai un employé qui m'a dit, la semaine dernière, que la banque lui avait prêté de l'argent pour qu'il achète un REER; il recouvre 30 p. 100 et réduit sa dette. Autrement dit, les banques s'adaptent aux règles.

J'ai l'impression que si certains biens ne peuvent plus être offerts en garantie, les banques prêteront moins d'argent et il y aura, au bout du compte, moins de crédit accordé. On pourrait dire que c'est une bonne chose, car les consommateurs sont très endettés, mais le crédit est important pour l'économie. A-t-on tenu compte de l'incidence des exclusions proposées sur l'économie?

M. Schwartz: Nous ne pensions pas que les banques acceptaient les REER pour garantir des prêts. Leur exemption ne réduirait donc pas substantiellement le crédit offert. Il a été question de veiller à ce qu'il y ait suffisamment de crédit et du fait que nous avons besoin de crédit pour que l'économie continue de fonctionner, et nous avons convenu qu'il était important d'y veiller.

Mme Houle: C'est précisément l'une des raisons d'être du recouvrement fiscal. Si vous avez emprunté de l'argent pour l'investir dans votre REER, dans la plupart des cas, vous avez probablement remboursé cet emprunt en moins de trois ans. Toutefois, si cela fait moins de trois ans, vous n'avez probablement pas remboursé la somme que vous avez empruntée pour votre REER. Cette situation est courante et je crois savoir que la plupart des banques agissent de cette façon. Elles prêtent 30 p. 100 de la somme, qui est remboursée, et le solde est remboursé selon des mensualités réparties sur une période de tant de mois.

[Translation]

Senator Hervieux-Payette: Nobody can afford to go bankrupt. However, take the example of a student who has just finished five years of studies. He is 30 years old, married, with two children, rent of \$2,000 a month, a car and a \$100,000 debt. How much would it cost him to declare bankruptcy? We often hear the sentence “people cannot always afford to go bankrupt,” or that the cost of bankruptcy is too high. What do you think of this belief?

Ms. Houle: This belief is not as well-founded as people seem to think. In my community, I know several trustees who would never refuse a debtor. It is a business. Like any professional, of course, trustees like to get paid. However, none of us would refuse a file.

The professional fees in a personal bankruptcy are not that high. It is presumed that the person who is declaring bankruptcy owns no seizable property nor anything that could be added to his estate. As for the fees, the person must make monthly payments over a nine-month period. The person's personal circumstances are taken into consideration, such as the fact that he has two children, a car and other expenses. In a case like this one, my fees could vary between \$1,200 and \$1,500 to be paid monthly over a nine-month period. An initial payment would cover my file-related expenses. The GST will probably be refunded to the trustee. The overall amount would thus cover my fees and expenditures related to the file. The real cost to the debtor would be approximately \$1,100, and the difference would come from the GST reimbursement or an income tax refund should there be one.

Senator Hervieux-Payette: My second question relates to a frequent problem. Generally, the trustee is responsible for liquidating the estate and distributing the money among the creditors. Let's take the example of an apartment building for which the bank is the main creditor. Since the owner can no longer meet his obligations, the apartment building must be liquidated. Suppose the cost of each apartment is \$100,000. An individual may purchase the building for a million dollars, whereas several people might be prepared to pay, for instance, \$150,000 for each unit. What are the rules that would apply in such a case?

One often gets the feeling that people take advantage of these liquidation sales. Are there provisions in the bill that would allow the trustee to maximize income for the creditor? The banks are financially more comfortable and are often ready to accept a lesser amount. Thus, certain individuals are frustrated because they cannot purchase these assets even though their offer was higher than the asking price. What part of the law explains this strange phenomenon that allows people to get around the highest bid rule?

Ms. Houle: If the trustee is in charge of the sale, he must meet certain obligations. Pursuant to certain sections of the law, the trustee cannot sell an asset for less than its market value. Our role as trustees is thus to obtain market value for the assets being

[Français]

Le sénateur Hervieux-Payette: Nul n'a les moyens de faire faillite. Toutefois, prenons l'exemple d'un étudiant qui vient de compléter un cycle d'étude de cinq ans. Il a 30 ans, il est marié, a deux enfants, un loyer de 2 000 \$ par mois, une voiture et une dette de 100 000 \$. Combien lui en coûterait-il de déclarer faillite? Nous entendons fréquemment la phrase «on n'a pas toujours les moyens de faire faillite», ou que le coût de la faillite est trop élevé? Est-ce une croyance?

Mme Houle: C'est une croyance qui n'est pas aussi répandue qu'on semble croire. Dans ma communauté, je connais plusieurs syndicats qui ne refuseraient pas un débiteur. C'est un commerce. Comme tout professionnel, bien sûr, on aime recevoir ses honoraires. Toutefois, aucun d'entre nous irait jusqu'à refuser un dossier.

Les frais professionnels exigés lors d'une faillite personnelle ne sont pas si élevés. On présume que la personne qui fait faillite ne possède aucun bien saisissable ou qui ajouterait à l'actif. En ce qui a trait aux honoraires, la personne devra effectuer des versements mensuels sur une période de neuf mois. On prendra en considération le fait que la personne a deux enfants, une voiture et d'autres dépenses. Dans un dossier de ce type, mes honoraires pourraient varier entre 1 200 \$ et 1 500 \$ mensuellement, sur une période de neuf mois. Un versement initial couvrirait mes dépenses reliées au dossier. La TPS serait fort probablement remboursée au syndic. Le montant global couvrirait donc mes honoraires et dépenses reliés au dossier. Le coût réel au débiteur serait d'environ 1 100 \$, et la différence serait perçue du remboursement de la TPS ou d'un remboursement d'impôt s'il y a lieu.

Le sénateur Hervieux-Payette: Ma deuxième question traite d'un problème fréquent. En général, le syndic est chargé de liquider les actifs et répartir les montants entre les créanciers. Prenons l'exemple d'un immeuble d'habitation pour lequel la banque est le principal créancier. Le propriétaire n'étant plus apte à rencontrer ses paiements, on doit procéder à une vente de liquidation des appartements. Supposons que le prix de chaque appartement s'élève à 100 000 \$. Un individu peut acheter l'immeuble pour la somme d'un million de dollars, alors que plusieurs personnes pourraient être disposées à payer, par exemple, 150 000 \$ pour chaque unité. Quelles sont les règles qui s'appliquent dans un tel cas?

On a souvent l'impression que des gens profitent de ces ventes de liquidation. Existe-t-il des dispositions dans le projet de loi qui permettraient au syndic de maximiser les revenus pour le créancier? Les banques, plus aisées, sont souvent prêtes à accepter un montant moindre. Ainsi, certains individus se voient frustrés de ne pouvoir acheter ces biens alors que leur offre était supérieure au montant demandé. À quel aspect de la loi peut-on attribuer un tel phénomène défiant ainsi la règle du plus offrant?

Mme Houle: Dans la mesure où le syndic est l'entité qui effectue la vente, il a certaines obligations à rencontrer. En vertu de certains articles de la loi, le syndic ne peut disposer d'un bien à un prix inférieur à sa valeur marchande. Notre rôle, en tant que

liquidated. A frequent scenario which illustrates the type of difficulty you referred to is one where the mortgage-holding creditor who is owed a large sum of money does not wait to send his notices and becomes the new owner as soon as bankruptcy is declared.

In Quebec there has to be, among other things, a 60-day notice and an advance notice of any mortgage-related activity. Thus, the mortgage-holding creditor can become the new owner in a brief period of time. Pursuant to section 67, the trustee has the right to interrupt procedures, but he cannot do so for a very long time. To do this, the trustee must be able to present certain documents as evidence to the court. That is why the mortgage-holding creditor is often the one who makes a profit on assets in this type of scenario, not the trustee.

Ostensibly, the trustee seems to make a profit in bankruptcy cases where the building is sold. However, when you take a closer look at the situation you can see that the mortgage creditor, be it a bank or some other financial institution, is the one that in fact makes the profit.

Senator Hervieux-Payette: There are often more than one creditor and the distribution of profits is not always equitable among them.

If a property is sold for a million dollars rather than a million and a half, the money will be distributed among the creditors. Whether the main creditor is a bank or some other entity, the other creditors will see their share reduced because the property was sold for a lesser amount.

It seems strange that one creditor has more rights than the others.

Ms. Houle: The Bankruptcy Act provides that the creditor theoretically is not affected by the law if he holds one or more specific assets that are guaranteed. If the guarantee is valid, that creditor can in theory do practically whatever he likes. The creditor protected himself when he made the loan by taking certain specific assets as security.

The law offers the trustee or the bankrupt's estate a certain protection and a certain flexibility. However, that flexibility is not eternal. The trustee should be able to submit an offer sufficient to pay the mortgage creditor with a balance to be distributed among the group of remaining ordinary creditors.

Senator Biron: In Quebec there is the Legal Aid Act. Should there also be an act to help bankrupts? Thus, like lawyers, trustees could benefit from a certain support.

Ms. Houle: Such a situation would be ideal, but make no mistake. In my opinion, and according to my experience, access is not an issue. You can always find a trustee who accepts cases for a modest fee. Trustees, like lawyers, also occasionally take on cases *pro bono*. This reality is part of our kind of work.

syndic, est donc d'obtenir la valeur marchande du bien disposé. Un scénario fréquent qui illustre le type de difficultés auxquelles vous avez fait allusion se retrouve dans le cas où le créancier hypothécaire à qui est due une importante somme d'argent n'attend pas pour envoyer ses avis, et devient propriétaire dès que survient la faillite.

Au Québec, on doit prévoir, entre autres, un avis de 60 jours et un préavis d'exercice hypothécaire. Le créancier hypothécaire peut donc devenir propriétaire dans un court laps de temps. En vertu de l'article 67, le syndic a le droit d'interrompre les procédures, mais il ne peut le faire pour une très longue période. Pour ce faire, le syndic doit être en mesure de démontrer certains éléments de preuve à la cour. Voilà pourquoi le créancier hypothécaire est souvent celui qui réalise le bénéfice sur les biens dans ce type de scénario et non le syndic.

En apparence, le syndic semble réaliser le bénéfice dans le cas de faillite où l'immeuble est vendu. Toutefois, lorsqu'on examine la situation de plus près, on peut voir que le créancier hypothécaire, qu'il s'agisse d'une banque ou d'une institution financière, en effet réalise le bénéfice.

Le sénateur Hervieux-Payette: Il y a souvent plus d'un créancier, et la répartition des bénéfices n'est pas toujours équitable entre les créanciers.

Si on dispose d'une propriété pour la somme d'un million de dollars plutôt que d'un million et demi de dollars, la somme sera répartie entre les créanciers. Que le créancier principal soit une banque ou une autre entité, les autres créanciers verront leur bénéfice réduit par la disposition à une valeur inférieure.

Il apparaît donc comme étrange qu'un créancier intéressé puisse avoir plus de droits que les autres créanciers.

Mme Houle: La Loi sur la faillite prévoit que le créancier, en théorie, ne soit pas affecté par la loi alors s'il détient un ou plusieurs biens spécifiques sur lesquels une garantie s'applique. Si la garantie est valide, ce créancier peut, en théorie, faire presque tout ce qu'il désire. Le créancier a prêté en se protégeant et en prenant une garantie sur des biens spécifiques.

La loi offre au syndic ou à l'actif de faillite une certaine protection et une certaine flexibilité. Toutefois, cette flexibilité n'est pas éternelle. Le syndic devrait, par exemple, avoir la possibilité de déposer une offre suffisante pour le paiement du créancier hypothécaire et à laquelle un solde est prévu pour la répartition d'un dividende à la masse des créanciers ordinaires.

Le sénateur Biron: Il y a, au Québec, la Loi sur l'aide juridique. Devrait-il exister également une loi venant en aide aux faillis? Ainsi, les syndics, tout comme les avocats, pourraient bénéficier d'un certain appui.

Mme Houle: Une telle situation serait idéale, mais il ne faut pas se faire d'illusions. À mon avis, et selon mon expérience, l'accès n'est pas un problème. Il est toujours possible de trouver un syndic qui accepte les causes pour un prix modique. Les syndics, tout comme les avocats, prennent également, à l'occasion, des causes *pro bono*. Cette réalité est propre à la nature de notre travail.

Senator Biron: A prudent person who is considering bankruptcy can always convert his or her RRSP into a lifetime annuity and thus avoid seizure.

Ms. Houle: In such situations, the trustee may use certain provisions of the act allowing him to oppose reviewable transactions, preferential payments and such changes made shortly before bankruptcy was filed. Such transactions are generally illegal and we must initiate procedures and obtain court decisions to that effect.

Of course, if the debtor makes such a transaction a week before filing for bankruptcy, his intention is clear. In such circumstances, creditors are protected. The transaction will be reviewed and reversed. These sums that should have been part of the estate in bankruptcy will be put into the estate, in accordance with the court's order.

[English]

The Chairman: You said that the RRSPs must be locked into an annuity or a locked-in RRSP. You also made a general statement that you had an eye to practicality in ensuring that what you recommended worked.

We had a submission from the Alberta Law Reform Commission based on a report that they are about to publish. They said they wanted to be practical and they came to the conclusion that the supervision or mechanism to assure that RRSPs were locked in and stayed locked in was something that, in their conclusion, was not practical or workable.

You seem to have both taken a practical approach and come up with different conclusions. Do you have any comment on that?

Mr. Schwartz: My comment is based on some reaction by one of the task force members to that testimony before this committee. His comment was that he does not see why that is true. He says, for example, our own proposal requires no checking because the issue is closed once the RRSP is locked in. He also commented that there are some complications in making sure that all these things happen as we envision them. It is not clear that the alternative proposal put forward does not suffer from that same administrative burden.

Our proposal is as practical as it can be. It may not be a walk in the park to administer this, but it is as good as it can be.

The Chairman: If there are no other questions, I thank you very much. As we have said, we have your report, we have easy reference to your chair and we are sure you are available as well to pursue for more detail. Thank you for all the work that you and your colleagues on this task force have put into this project.

The committee adjourned.

Le sénateur Biron: Une personne prudente qui songe à la faillite peut toujours convertir son REER en rente viagère et ainsi éviter la saisie.

Mme Houle: Dans de telles situations, le syndic peut avoir recours aux dispositions de la loi lui permettant d'aller à l'encontre des transactions révisables, des paiements préférentiels et de tels changements effectués peu avant la date de la faillite. De telles transactions sont, en général, illégales, et nous devons prendre des procédures et obtenir jugement à cet effet.

Bien entendu, si le débiteur effectue une telle transaction une semaine avant de déclarer faillite, son intention est claire. Dans ces circonstances, les créanciers sont protégés. La transaction sera alors révisée et modifiée. Les sommes qui devaient faire partie de l'actif de faillite seront alors remises à l'actif de faillite, suite à l'ordonnance de la cour.

[Traduction]

Le président: Vous avez dit que les REER doivent prendre la forme d'une pension ou d'un REER immobilisés. Vous avez aussi déclaré, de manière générale, que vous aviez le souci des détails pratiques en veillant à ce que vos recommandations donnent les résultats recherchés.

Nous avons reçu de l'Alberta Law Reform Commission un mémoire qui repose sur un rapport que cet organisme est sur le point de publier. Ces gens-là aussi avaient le souci des détails pratiques, et ils sont arrivés à la conclusion que la supervision ou le mécanisme qui garantit que les REER sont immobilisés et le restent ne sont pas, à leur avis, pratiques ou réalisables.

Il semble que vous ayez tous deux abordé la question sous un angle pratique et que vous soyez arrivés à des conclusions différentes. Avez-vous des commentaires à faire à ce sujet?

M. Schwartz: Mon commentaire repose sur la réaction de l'un des membres du groupe de travail à ce témoignage présenté au comité. Il a dit qu'il ne voyait pas pourquoi ça serait vrai. Il a déclaré, par exemple, que notre propre proposition n'exige aucune mesure particulière, parce que la question ne se pose plus une fois que le REER est immobilisé. Il a aussi déclaré qu'il était difficile de garantir que tout cela se déroulera comme nous l'imaginons. Il n'est pas certain que la solution de rechange proposée ne se heurtera pas aux mêmes embûches administratives.

Notre proposition est aussi pratique qu'elle peut l'être. Elle n'est peut-être pas des plus faciles à administrer, mais c'est le mieux que nous puissions faire.

Le président: S'il n'y a pas d'autres questions, je vous remercie. Comme nous l'avons déjà dit, nous avons votre rapport, nous pouvons facilement consulter votre président et nous sommes convaincus que vous êtes prêt à nous fournir plus de détails au besoin. Je vous remercie pour tous les efforts que vous et vos collègues du groupe de travail avez investis dans ce projet.

La séance est levée.

OTTAWA, Thursday, September 25, 2003

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce met this day at 11:05 a.m. to examine the administration and operation of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act.

Senator Richard H. Kroft (*Chairman*) in the Chair.

[*English*]

The Chairman: I call the meeting to order. This morning, we will hear from a panel of witnesses that will discuss a wide range of issues.

First, we will hear from Mr. David Baird of Toronto. Mr. Baird, I understand that at one time you acted as counsel to this committee.

David E. Baird, Q.C., Counsel, Torys LLP: Yes, from 1975-80, I was the counsel to the committee when two new bankruptcy acts were being considered.

The Chairman: We will also hear from Mr. Max Mendelsohn and Mr. Jean-Claude Delorme.

Mr. Baird, please proceed, after which we will hear from Mr. Mendelsohn.

Mr. Baird: I have been practising bankruptcy law for almost 44 years and during that time I have been active in bankruptcy law reform. In addition to working with this Senate committee, I was a member of the Colter Committee in 1985-86 when it presented a report on amendments to the Bankruptcy Act. Most of those amendments were implemented in 1992. I was subsequently a member of the Bankruptcy and Insolvency Advisory Committee when it considered further amendments to the Bankruptcy Act in 1997. However, the reform process never ends and further reforms of our bankruptcy and insolvency legislation are required to keep that legislation efficient and effective.

I am pleased that I have been given the honour of being a Fellow of the Insolvency Institute of Canada. Mr. Goldstein, your counsel, also shares this honour.

I have presented a short brief for you. Unfortunately, in the time available to me I could not translate it into French and for that, I apologize.

I will review the important need to revise both the Bankruptcy and Insolvency Act and the CCAA to protect licensees of intellectual property when the licensor is insolvent. I will deal with the introduction of UNCITRAL model law into Canada. I will talk about the need to abolish the hopelessly outdated tariff of costs, which is part of the bankruptcy rules as the tariff governing payment of lawyers for legal services rendered to a trustee in bankruptcy. I will also speak to a pet topic of mine, although I do recognize that it is not part of the order of reference.

OTTAWA, le jeudi 25 septembre 2003

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui à 11 h 05 pour étudier l'application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

Le sénateur Richard H. Kroft (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président: Je déclare la séance ouverte. Ce matin, nous allons entendre un groupe de témoins qui aborderont un large éventail de questions.

D'abord, nous allons entendre M. David Baird, de Toronto. Monsieur Baird, je crois comprendre que, à une certaine époque, vous avez agi comme conseiller auprès du comité.

David E. Baird, c.r., avocat, Torys LLP: Oui, j'ai agi comme conseiller auprès du comité de 1975 à 1980, à l'époque où les deux nouvelles lois sur la faillite étaient à l'étude.

Le président: Nous allons également entendre M. Max Mendelsohn et M. Jean-Claude Delorme.

Monsieur Baird, je vous invite à présenter votre exposé, après quoi nous entendrons M. Mendelsohn.

M. Baird: Je pratique le droit de la faillite depuis près de 44 ans. Tout ce temps, j'ai participé activement à la réforme du droit de la faillite. En plus de travailler auprès du comité du Sénat, j'ai été membre du Comité Colter de 1985 à 1986, à l'époque où il a présenté un rapport sur des modifications de la Loi sur la faillite. La plupart des modifications en question sont entrées en vigueur en 1992. Par la suite, j'ai siégé au Comité consultatif sur la faillite et l'insolvabilité, à l'époque où il étudiait de nouvelles modifications de la Loi sur les faillites en 1997. Cependant, le processus de réforme ne prend jamais fin, et on doit modifier la législation sur la faillite et l'insolvabilité pour faire en sorte qu'elle demeure efficiente et efficace.

Je suis heureux qu'on m'ait honoré en faisant de moi un fellow de l'Institut d'insolvabilité du Canada. Monsieur Goldstein, votre conseiller, partage cet honneur.

J'ai préparé un bref mémoire à votre intention. Malheureusement, je n'ai pas eu le temps de le faire traduire en français, et je m'en excuse.

Je vais expliquer pourquoi il est important de réviser la Loi sur la faillite et l'insolvabilité tout autant que la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies pour protéger le preneur de licence de propriété intellectuelle lorsque le donneur de licence est insolvable. Je vais m'intéresser à l'introduction au Canada d'une loi type de la CNUDCI. Je vais faire état de la nécessité d'abolir le tarif des frais, désuet au-delà de toute mesure, qui, dans les Règles régissant la faillite, fixe les honoraires versés aux avocats pour les services juridiques rendus à un syndic de faillite. Je vais également parler d'une de mes lubies, même si je me rends compte qu'elle n'est pas visée par votre ordre de renvoi.

I should like to have a brief discussion involving the Winding-up and Restructuring Act. This act is needed for the restructuring of financial institutions. It has not been overhauled for over 100 years and is clearly in need of review and improvement.

During the last 15 years there has been an extensive debate as to whether a trustee in bankruptcy has the right to disclaim or terminate a licence that the bankrupt had given to a licensee. For example, and this is not a likely example, if Microsoft licensed a Windows program to you and Microsoft went bankrupt, the issue is whether that trustee in bankruptcy could cancel your licence, stop you from using the Windows program and then sell the Windows program to someone else or tell you that you had to pay double the annual licence fee for using Windows.

There has been a debate in Canada whether a trustee could undertake that type of conduct in bankruptcy. That question has been answered and the answer is "yes."

Under current Canadian law, an insolvent licensor appears to be able to terminate a licence. That was a decision of Mr. Justice Farley in the recent Eaton's case regarding the use of a Eaton's logo by the finance company that was financing its credit cards.

Sears offered to buy the shares of Eaton's. One of the conditions of that offer was that the existing finance company could no longer use the Eaton's logo or be involved in financing Eaton's credit cards. Eaton's terminated the licensing arrangement with the credit card company. Eaton's appealed that decision.

Mr. Justice Farley held that Eaton's had a right to terminate the licence contract under the CCAA. His decision was similar to a decision in the United States in the *Lubrizol* case. There are specific provisions in the United States Bankruptcy Code to permit the termination or disclaimer of executory contracts. A licensing agreement is an executory contract because it is a contract where both parties still have material obligations under the contract. It is an ongoing contract.

In the *Lubrizol* case, the Federal Appellate Court upheld the right of the trustee in bankruptcy to terminate the licensing arrangement. This caused extreme shock waves throughout the United States because licensees were then vulnerable to having their licences terminated during a bankruptcy. The United States Congress acted very quickly and amended the Bankruptcy Act to provide that when there is a trustee in bankruptcy of a licensor the licensee who wants to use the licence can continue to use the licence notwithstanding the bankruptcy. The licensee has an option of either accepting a rejection of the licensing agreement and saying, "I will file a claim for damages," or saying, "I want to continue using the licence agreement, and I will continue to make the necessary payments."

J'aimerais parler brièvement de la Loi sur les liquidations et les restructurations. On a besoin de cette dernière pour la restructuration des établissements financiers. Elle n'a pas été revue depuis plus de 100 ans; à ce titre, elle a manifestement besoin d'être revue et améliorée.

Au cours des 15 dernières années, on a abondamment discuté de la question de savoir si un syndic de faillite avait le droit de désavouer ou d'annuler une licence accordée au preneur de licence par le failli. Permettez-moi de vous donner un exemple assez peu vraisemblable: si Microsoft vous octroie une licence pour l'utilisation d'un programme Windows et que Microsoft fait faillite, la question est de savoir si le syndic de faillite peut annuler votre licence, vous empêcher d'utiliser le programme Windows, puis vendre ce dernier à quelqu'un d'autre ou vous dire que vous devez payer le double du droit de licence annuel prévu pour l'utilisation de Windows.

Au Canada, la question de savoir si un syndic de faillite pouvait tenir ce genre de conduite a fait l'objet d'un débat. On a répondu par oui à la question.

En vertu du droit canadien actuel, un donneur de licence insolvable semble habilité à annuler une licence. C'est la décision qu'a rendue le juge Farley dans une affaire récente concernant Eaton et l'utilisation du logo de la société par l'entreprise qui assurait le financement de ses cartes de crédit.

Sears a proposé de faire l'acquisition des actions de Eaton. L'une des conditions de cette offre était que la société de financement actuelle ne puisse plus utiliser le logo d'Eaton ni participer au financement des cartes de crédit de Eaton. La société Eaton a mis un terme au contrat de licence qui la liait à la société émettrice des cartes de crédit. Eaton a porté la décision en appel.

Le juge Farley a statué que Eaton avait droit d'annuler le contrat de licence aux termes de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies. La décision était similaire à celle rendue aux États-Unis dans l'affaire *Lubrizol*. Dans le cas des faillites des États-Unis, on trouve des dispositions précises qui autorisent le désaveu ou l'annulation de contrats exécutoires. Un contrat de licence est un contrat exécutoire en ce sens qu'il s'agit d'un contrat intervenu entre deux parties qui, aux termes du contrat, ont des obligations matérielles. Il s'agit d'un contrat courant.

Dans l'affaire *Lubrizol*, la cour d'appel fédérale a maintenu le droit du syndic de faillite d'annuler le contrat de licence. Cette décision a envoyé une onde de choc extrême dans l'ensemble des États-Unis, les preneurs de licence risquant du même coup de voir leur licence annulée pendant une procédure de faillite. Le Congrès des États-Unis a réagi rapidement et modifié la loi des États-Unis sur les faillites et établi que, en cas de faillite d'un donneur de licence, le preneur de licence qui souhaite utiliser cette dernière peut continuer de le faire, nonobstant la faillite. Le preneur de licence peut accepter l'annulation du contrat de licence et dire: «Je vais présenter une demande de dommages-intérêts» ou dire: «Je veux continuer d'utiliser le contrat de licence, et je vais continuer d'effectuer les paiements nécessaires.»

That is the law in the United States. It is my recommendation that we should amend our Canadian Bankruptcy Act to provide the same rights for a licensee in Canada.

This is very important for companies developing technology in Canada. A buyer of a licence from a Canadian developer of technology is subject to the risk of having that licence terminated in the event of bankruptcy, but a buyer of a licence from a U.S. developer of technology is not. As a result, Canadian technology companies are at a big disadvantage.

It is even more difficult when the company is a start-up company because it does not have a past history of success. It is very hard to break into the market. In some circumstances, it is necessary to incorporate a U.S. subsidiary, have the licence agreement go to the U.S. subsidiary and then back from the U.S. subsidiary to the ultimate customer to get around the current weakness in the Canadian law.

It is an important amendment. It is an amendment that I understand was supported by the organization that appeared before you yesterday. It is something that I would like to see introduced into law quickly rather than waiting for a wholesale revision to the Bankruptcy Act. The revisions that we expect to be coming forward will take several years. This weakness in the law is causing problems.

I do not think that there is any controversy on this issue. I have not heard of any opposition to it. We should move forward quickly on this. I would recommend a quick amendment in that area.

What happens when a holder of a licence, a licensee, goes bankrupt? Most licence agreements provide that in the event of a bankruptcy of a the licensee, the licensor can terminate the licence and give it to someone else.

This makes it very difficult for a trustee in bankruptcy of the licensee to sell that licence. It might be a valuable licence. It reduces the recovery for the unsecured creditors and may give the licensor a windfall because it is only the bankruptcy that has given them the right to terminate the licence. The payments will be continued. The licensee can be honouring all the terms of the contract but, because of the bankruptcy, the licensor is given a windfall by being able to terminate the licence and sell it to someone else.

I believe that is wrong. The law should remove any right of the licensor to use an ipso facto clause of insolvency termination clause to terminate a licence.

This is similar to the situation dealing with landlord and tenant leases. Most provincial statutes prevent a landlord from terminating a lease, even though the tenant goes bankrupt. That gives protection to a trustee in bankruptcy. The trustee in bankruptcy is able to assign the lease and possibly recover money for the creditors.

C'est la loi en vigueur aux États-Unis. Je recommande que nous modifiions les dispositions canadiennes sur la faillite pour assurer les mêmes droits à un preneur de licence au Canada.

Une telle mesure est très importante pour les sociétés qui développent des technologies au Canada. En effet, l'acheteur d'une licence émise par un concepteur de technologie canadien risque de voir le contrat annulé en cas de faillite, mais le même acheteur ne court pas les mêmes risques aux États-Unis. Ainsi, les sociétés canadiennes de technologie sont très désavantagées.

La situation est encore plus difficile lorsque la société est en démarrage parce qu'elle n'a pas une histoire de réussite. Il est très difficile de s'imposer sur le marché. Dans certains cas, il est nécessaire de constituer en société une filiale aux États-Unis, de faire passer le contrat de licence par cette dernière, puis de la rapatrier de la filiale aux États-Unis vers l'ultime client pour contourner les points faibles des dispositions législatives canadiennes.

Il s'agit d'une modification importante. Je crois comprendre que l'organisation qui a comparu devant vous hier s'y est dite favorable. J'aimerais qu'on introduise une telle modification sans plus tarder au lieu d'attendre une révision complète de la Loi sur la faillite. Les révisions auxquelles nous nous attendons exigeront des années. Cette lacune de notre droit cause déjà des problèmes.

À ma connaissance, cette question ne soulève aucune controverse. Je n'ai entendu personne s'y opposer. Nous devrions procéder rapidement. Je recommande une modification rapide dans ce secteur.

Qu'arrive-t-il lorsqu'un preneur ou un titulaire de licence fait faillite? La plupart des contrats de licences prévoient que, en cas de faillite du preneur de licence, le donneur de licence peut annuler la licence et la donner à quelqu'un d'autre.

Il est donc très difficile pour le syndic de faillite du preneur de licence de vendre la licence. Or, elle vaut peut-être quelque chose. Cette situation a pour effet de réduire les montants récupérés par les créanciers non garantis et risque d'assurer au donneur de licence un avantage inattendu puisque c'est uniquement la faillite qui lui a conféré le droit d'annuler la licence. Les paiements se poursuivront. Le preneur de licence aura beau continuer d'honorer toutes les modalités du contrat, le donneur de licence, en raison de la faillite, se voit accorder un avantage inattendu du fait qu'il peut annuler la licence et la vendre à quelqu'un d'autre.

À mon avis, c'est indéfendable. Dans la loi, on devrait enlever au donneur de licence le droit d'invoquer ipso facto des dispositions qui régissent l'annulation des contrats en cas d'insolvabilité pour annuler une licence.

La situation est analogue à celle qu'on rencontre en ce qui concerne les baux liant propriétaire et locataire. La plupart des lois provinciales empêchent un propriétaire d'annuler un bail, même si le locataire fait faillite. La mesure vise à protéger l'éventuel syndic de faillite. Ce dernier est en mesure de céder le bail et peut-être de recouvrer des fonds pour les créanciers.

It is really an anti-windfall recommendation. I see no reason why a licensor or a landlord should benefit from being able to terminate a lease or a licence and renegotiating it on better terms.

The Chairman: Mr. Baird, in many licence situations there is some degree of ongoing support required by the licensor to the licensee in order to make the licence effective, whether it is updating of something or continued protection.

What is the position if some kind of support is required?

Mr. Baird: My understanding of the United States practice is that their contracts traditionally provide a requirement to give some of the source code to the licensee so that the licensee can continue to use the licence. It is not normal to require the licensor, or the trustee in bankruptcy, to continue to provide the support. That is not normally required.

The Chairman: There is no remedy in the hand of the licensee to make the license meaningful?

Mr. Baird: No. If you need support from the bankrupt, then you are in trouble. If you do not need the support, then you are entitled to use the licence and carry on and continue making the payments.

The Chairman: Thank you and I am sorry to interrupt.

Mr. Baird: No, that is a good question. It is a problem. The solution that I am recommending does not solve all the licensees' problems, because there is no way a trustee in bankruptcy should or could be required to continue to service a licensing agreement. That would be unrealistic.

The next topic I would like to discuss is the introduction of the UNCITRAL model law into Canada. The basic purpose of the UNCITRAL law is to provide for cooperation between the courts and other authorities, provide greater legal certainty for trade and investment, a fair and efficient administration of cross-border insolvencies and to protect and maximize the value of the debtors assets. These are all very good objectives, but there are a number of problems involving the model law that have not been resolved.

As you may know, it is a relatively simple, short law, but it does not deal with many of the key issues that are needed to effect or implement the purposes for which the model law has been adopted. Problems arise as a result. It is the old saying: "The devil is in the details."

The model law does not provide what rights creditors will have to ensure that their positions are recognized. It does not stipulate what treatment will be accorded to creditors entitled to priority under the Canadian law. It does not provide as to what law will be applied to determine the rights of secured creditors. It does not

Il s'agit en réalité d'une recommandation visant à prévenir tout avantage inattendu. Je ne vois pas pourquoi un donneur de licence ou un prestataire devrait avoir le droit d'annuler un bail ou une licence et de négocier pour obtenir de meilleures conditions.

Le président: Dans de nombreux contrats de licence, monsieur Baird, le donneur de licence est tenu d'assurer au preneur de licence une certaine forme de soutien continu comme condition de l'efficacité de la licence, qu'il s'agisse de la mise à jour de tel ou tel aspect ou d'une protection continue.

Qu'arrive-t-il lorsqu'une telle forme de soutien est requise?

M. Baird: Ce que je comprends de la situation en vigueur aux États-Unis, c'est que, en vertu des contrats, on accorde traditionnellement une partie du code source au preneur de licence pour que ce dernier puisse continuer d'utiliser la licence. Il n'est pas normal d'obliger le donneur de licence ni le syndic de faillite à continuer à assurer le soutien. Il ne s'agit pas d'une exigence normale.

Le président: Le preneur de licence ne dispose donc d'aucun recours pour faire en sorte que la licence soit valable.

M. Baird: Non. Si vous avez besoin du soutien du failli, vous êtes dans le pétrin. Si vous n'avez pas besoin de soutien, vous avez le droit d'utiliser la licence, de poursuivre vos activités et de continuer d'effectuer les paiements.

Le président: Merci. Pardonnez-moi de vous avoir interrompu.

M. Baird: Non, c'est une bonne question. C'est un problème. La solution que je recommande n'a pas pour effet de régler tous les problèmes des preneurs de licence parce qu'on ne peut en aucun cas obliger un syndic de faillite à continuer à satisfaire aux exigences d'un contrat de licence. Ce serait irréaliste.

J'aimerais maintenant aborder la question de l'introduction de la loi type de la CNUDCI au Canada. L'objet fondamental de la loi de la CNUDCI est d'assurer la coopération entre les tribunaux et d'autres autorités, d'assurer un contexte juridique plus sûr pour le commerce et l'investissement de même qu'une administration équitable et efficiente des cas d'insolvabilité transfrontalière et de protéger ou d'optimiser la valeur des actifs des créanciers. Ce sont là des objectifs fort louables, mais la loi type comporte un certain nombre de problèmes qui n'ont pas été réglés.

Comme vous le savez, il s'agit d'une loi relativement simple et brève, mais elle est muette sur bon nombre d'éléments clés nécessaires à la mise en œuvre ou à l'application de la loi type aux fins pour lesquelles elle a été adoptée. Il en résulte des problèmes. On en revient au vieil adage selon lequel les difficultés surgissent des menus détails.

La loi type ne dit rien des droits faits aux créanciers pour assurer la reconnaissance de leurs prétentions. On ne précise pas le traitement qui sera accordé aux créanciers qui, en vertu du droit canadien, bénéficient d'une priorité. On ne dit rien des dispositions législatives qui seront appliquées pour déterminer

say which court will be adjudicating on the rights of Canadian creditors. I suspect it will be the foreign court. What law will be applied? We do not know.

The foreign representative will have its place of business in a foreign state. How difficult will it be for creditors to appear before that court? If an order is made transferring the assets out of Canada, the Canadian creditors are left with no recourse in Canada in the event that the foreign jurisdiction fails to treat all creditors fairly, or does not proceed quickly. Unfortunately, many insolvency proceedings in other countries take an extended period of time, are not handled as quickly and with such dispatch as in Canada, and are subject to the whims of the foreign procedure.

Another major weakness in the model law is that it makes no attempt to deal with problems relating to transnational enterprises, for example, different companies owned by one holding company but carrying on business in different countries.

There is also a problem with expense. If Canadian creditors want to appear in a foreign jurisdiction, they must travel there and employ foreign legal counsel, and all this for transactions that were entered into in Canada by two parties that were carrying on business in Canada.

Is it worth it? Are these problems worth the greater certainty, et cetera? One of the interesting problems we have vis-à-vis the United States is that the United States Chapter 11 applies to solvent companies as well as insolvent companies. Canadian insolvency law, the Bankruptcy Act, and the Companies' Creditors Arrangement Act, only apply to insolvent companies. On occasion, the courts have recognized foreign proceedings against a solvent Canadian company. This is a recent decision of Mr. Justice Farley in the case of *Babcock & Wilcox*. When we introduced Part III of the BIA, in my view it was never intended to give the court in Canada the right to affect a solvent company in Canada. In the *Babcock & Wilcox* case, the American company was operating under Chapter 11; the Canadian company was not insolvent, but nevertheless the Canadian courts recognized the foreign proceedings and affected the Canadian company accordingly.

It is a difficult question, namely: How do you deal with multinational companies? You may have read in the paper this week that an order was made involving Philip Services Corp. It is a classic case dealing with a cross-border situation. It highlights all of the problems that arise, and problems about which we have worried.

The history of Philip Services Corp. is that it started as a small scrap dealer many years ago in Hamilton. Ultimately, it expanded throughout Canada and into the United States and Mexico. It ran into financial difficulties about two years ago, and was

les droits des créanciers garantis. On ne dit rien du tribunal qui sera appelé à se prononcer sur les droits des créanciers canadiens. J'ai bien peur qu'il s'agira de la cour étrangère. Quel droit appliquera-t-on? Nous ne le savons pas.

Le représentant étranger aura son lieu d'affaires dans un État étranger. Jusqu'à quel point les créanciers auront-ils de la difficulté à comparaître devant la cour en question? Si, en vertu d'une ordonnance, les actifs sont mutés à l'extérieur du Canada, les créanciers canadiens se trouvent sans recours dans l'hypothèse où l'administration étrangère ne traite pas tous les créanciers de façon équitable ou ne fait pas diligence. Dans d'autres pays, il arrive malheureusement que de nombreux cas d'insolvabilité s'étendent sur une longue période, ne soient pas traités avec autant de vitesse et de célérité qu'au Canada et soient à la merci des caprices de la procédure étrangère.

Une autre lacune majeure de la loi type vient du fait qu'elle ne tente pas de remédier aux problèmes liés aux entreprises transnationales, par exemple des entreprises différentes appartenant à une seule et même société de portefeuille, mais ayant des activités dans des pays différents.

On se bute aussi au problème des dépenses. Les créanciers canadiens qui souhaitent comparaître devant une administration étrangère doivent se rendre sur place et faire appel aux services d'un conseiller juridique étranger, tout cela pour des opérations entreprises au Canada par deux parties dont les activités se déroulaient au Canada.

Le jeu en vaut-il la chandelle? Une certitude plus grande vaut-elle les problèmes dont j'ai fait mention, et cetera? L'un des problèmes intéressants que nous avons vis-à-vis des États-Unis vient du fait que le chapitre 11 des États-Unis s'applique aux entreprises solvables tout autant qu'aux entreprises insolubles. Les dispositions législatives canadiennes sur l'insolvabilité, la Loi sur la faillite et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies ne s'appliquent qu'aux seules entreprises insolubles. À l'occasion, les tribunaux ont admis les procédures étrangères entreprises contre une société canadienne solvable, comme en témoigne la décision récente du juge Farley dans l'affaire *Babcock et Wilcox*. Lorsque nous avons adopté la Partie III de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, l'intention n'était pas, à mon avis, de conférer au tribunal canadien le droit de porter atteinte à une entreprise solvable au Canada. Dans l'affaire *Babcock et Wilcox*, la société américaine menait ses activités en vertu du Chapitre 11; la société canadienne n'était pas insolvable, mais les tribunaux canadiens ont malgré tout reconnu les procédures étrangères, et la société canadienne a été touchée en conséquence.

Il s'agit d'une question difficile, nommément: que fait-on dans le cas des multinationales? Dans le journal, vous avez peut-être lu cette semaine qu'une ordonnance avait été prise concernant Philip Services Corp. Il s'agit d'une affaire transfrontalière classique. Le cas fait ressortir l'ensemble des problèmes qui se posent, lesquels nous ont préoccupés.

Dans le cas de Philip Services Corp., on a affaire à un petit récupérateur qui a entrepris de mener ses activités à Hamilton il y a de nombreuses années. Avec le temps, l'entreprise a étendu ses activités au Canada, aux États-Unis et au Mexique. Il y a environ

restructured there, using a joint plan of arrangement under the American Chapter 11 and the Canadian Companies' Creditors Arrangement Act. However, the prime jurisdiction for dealing with the issues involving the plan was the United States, even though the head office of the company was in Canada. Why was that was the prime jurisdiction?

Senator Oliver: Most the assets were in the U.S.

Mr. Baird: They were. That was one of the reasons. However, a second, very important reason was the fact that there were a number of what we classify as equity claims, claims arising out of the fact that there was a distribution of shares, and shareholders who bought the shares complained about disclosure. I do not know the specifics, but there were a lot of claims arising as a result of transactions involving shares.

In American law, any claims that arise out of share transactions are subordinated to regular trade debt and other debt. We have a different classification for equity claims. Therefore, they wanted to use American law so that trade creditors and other creditors did not share equally with the equity claims. This has been an important factor in the jurisdiction that has handled Canadian insolvencies. My understanding is that similar problems arose in *Laidlaw* and in *Loewen*. The failure of the Canadian law to subordinate equity claims has resulted in several cross-multinational companies being administered in the United States rather than in Canada, although their head office was located in Canada.

It is my recommendation that we should make it a level playing field. We should have the similar provisions in Canada that equity claims are subordinate to other trade debt and other debt. Otherwise, you will see more and more reorganizations conducted under U.S. law, because Canadian creditors would rather see their position enhanced under U.S. law than have a proceeding in Canada. This is a remedy that has been recommended by the joint task force of the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

Once more, it would create a level playing field. I do not think there is any opposition in Canada to this type of amendment. It has been a drain of restructuring into the U.S. as a result of not having this provision in our law.

Philip Services Corp., as I have indicated, has roughly 90 per cent of its assets in the United States. The specifics are set out in the material I have given to you. They have 120 locations in North America, 37 in Canada; 5,500 employees overall, 1,390 in Canada; 20 per cent of the consolidated assets in

deux ans, la société a connu des difficultés financières et a été restructurée là-bas, en vertu d'un plan d'arrangement conjoint fondé sur le Chapitre 11 des États-Unis et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies du Canada. Cependant, ce sont les États-Unis qui étaient la principale administration responsable des questions entourant le plan, même si le siège social de la société se trouvait au Canada. Pourquoi les États-Unis ont-ils assumé la responsabilité principale?

Le sénateur Oliver: La plupart des actifs étaient aux États-Unis.

M. Baird: C'est vrai. C'était l'une des raisons. Cependant, une deuxième raison très importante tient au fait qu'il y avait un certain nombre de ce que nous appelons des revendications liées au capital-actions, soit des revendications découlant du fait qu'il y a eu répartition des actions et que les actionnaires ayant fait l'acquisition de ces dernières se sont plaints de la divulgation. Je ne connais pas tous les détails, mais il y a eu de nombreuses réclamations découlant de transactions portant sur des actions.

En droit américain, toute revendication découlant d'actions transigées est subordonnée aux créances commerciales ordinaires et à d'autres créances. En ce qui concerne les réclamations liées au capital-actions, nous avons une classification différente. Par conséquent, on souhaite utiliser le droit américain de façon que les créanciers commerciaux et d'autres créanciers ne soient pas traités sur un pied d'égalité avec les auteurs de réclamations liées au capital-actions. Il s'est agi d'un facteur important dans l'administration responsable des cas d'insolvabilité au Canada. Si je comprends bien, des problèmes analogues se sont posés dans les affaires *Laidlaw* et *Loewen*. L'incapacité du droit canadien de subordonner les revendications liées au capital-actions a fait en sorte que quelques sociétés transnationales sont administrées aux États-Unis plutôt qu'au Canada, même si leur siège social se trouve au Canada.

Je recommande que l'on établisse des règles du jeu égales. Nous devrions adopter au Canada des dispositions analogues en vertu desquelles les réclamations liées au capital-actions sont subordonnées aux créances commerciales et aux autres créances. Sinon, on assistera à de plus en plus de réorganisations effectuées selon les règles du droit des États-Unis parce que les créanciers canadiens préfèrent bénéficier d'une position plus avantageuse en vertu du droit américain que de se soumettre à la procédure en vigueur au Canada. C'est d'ailleurs le recours qu'a recommandé le groupe de travail mixte de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Une fois de plus, la modification entraînerait l'établissement de règles du jeu égales. À ma connaissance, personne au Canada ne s'oppose à ce type de modification. L'absence d'une telle disposition dans notre droit a entraîné un exode des restructurations vers les États-Unis.

Philip Services Corp., je le répète, avait environ 90 p. 100 de ses actifs aux États-Unis. Les détails se trouvent dans les documents que je vous ai remis. La société compte 120 bureaux en Amérique du Nord, dont 37 au Canada; au total, elle emploie 5 500 personnes, dont 1 390 au Canada; 20 p. 100 de ses avoirs

Canada, 10 per cent of the consolidated revenue in Canada. U.S. trade creditors are US \$78 million; Canadian trade creditors are CDN \$8.9 million.

Philip U.S. and its entities have considerable funded debt, which has been guaranteed by the Canadian subsidiaries assets, which have been pledged in support of that guarantee.

How should this company, which is now insolvent again, be administered? We are considering these issues today. It is a model case for outlining such issues.

On June 2, there was a filing in the U.S. Chapter 11 proceedings for the U.S. holding company and other U.S. subsidiaries. After the filing, and possibly before the filing, there was a joint marketing effort in favour of both the Canadian assets and the U.S. assets.

On August 4, the United States Bankruptcy Court granted debtor in protection, or DIP, funding of \$34 million. I am aware that this committee has discussed the DIP. They also approved a bid process order because, during the marketing effort, a bidder or a buyer was found. The bid came forward and the U.S. court authorized a bid process, which involved asking for other parties to put their bids in competition with the investor's bid. This is a practice that has arisen in the United States and that we have not used much in Canada. I am not certain how often we have used it, if at all. However, it is the "stalking horse" concept that is designed to be fair. The company finds a bidder and then other parties are given a chance to compete against that bid so that the creditors are satisfied that everyone will receive the highest price.

They followed through with the bid process in this instance and an auction was conducted in early September 2003. As a result of the bid competition process, the investor, who reserved the right to top any bid that came forward, increased his bid. On September 12, the U.S. Bankruptcy Court approved a plan of arrangement involving the revised bid from the investor. However, it was a condition of the U.S. plan that the Canadian assets be restructured as well on terms that were satisfactory to the U.S. bidder. There had been no Canadian legal proceedings until that time because the Canadian creditors had not been involved in any of this process in the U.S. Ernst & Young were retained by the first secured lender against the Canadian assets to act as its consultant and had been involved in monitoring the bid process.

What happened? In Canada, the hearing was held on September 19 and the judge signed the order on September 22. An application was made to recognize the U.S. proceedings, and there is nothing wrong with that. It is accepted that U.S. proceedings should be recognized.

However, they asked that an order be made under section 47(1) of the Bankruptcy and Insolvency Act to appoint Ernst & Young as interim receiver without security of certain assets, property and

consolidés et 10 p. 100 de ses revenus consolidés se trouvent au Canada. La part des créanciers commerciaux des États-Unis est de 78 millions de dollars US contre 8,9 millions de dollars canadiens pour les créanciers commerciaux du Canada.

Philip U.S. et ses succursales ont une dette autorisée émise considérable, laquelle a été garantie par les actifs des filiales canadiennes, avancés en appui aux garanties en question.

Comment cette société, de nouveau insolvable, devrait-elle être administrée? Nous nous penchons aujourd'hui sur ses problèmes. Il s'agit d'une cause type illustrant les problèmes de cette nature.

Le 2 juin, on a déposé une demande de procédures en vertu du Chapitre 11 des États-Unis pour la société de portefeuille des États-Unis et d'autres filiales aux États-Unis. Après le dépôt — et peut-être même avant —, des efforts de marketing conjoint ont été déployés en faveur des actifs canadiens et américains.

Le 4 août, le tribunal de la faillite des États-Unis a accordé un financement de 34 millions de dollars aux débiteurs qui demandent la protection de la loi. Je sais que le comité a discuté de cette question. À cette occasion, le tribunal a également approuvé une ordonnance de processus d'adjudication parce que, dans le cadre d'efforts de marketing, on avait trouvé un soumissionnaire ou un acheteur. La soumission a été présentée, et le tribunal des États-Unis a autorisé un processus d'adjudication, dans le cadre duquel on a demandé à d'autres parties de présenter une soumission pouvant faire concurrence à celle de l'investisseur. Il s'agit d'une pratique qui s'est fait jour aux États-Unis, mais à laquelle on n'a pas souvent eu recours au Canada. En fait, j'ignore combien de fois on l'a utilisée, à supposer qu'on l'ait fait. Cependant, il s'agit de la notion de «soumissionnaire d'amorce», qui a pour but d'assurer l'équité. La société trouve un soumissionnaire, puis on donne à d'autres parties la possibilité de concurrencer cette offre, de façon que les créanciers aient l'assurance de recevoir le prix le plus élevé possible.

Dans ce cas, on a donné suite en procédant au concours, et une vente aux enchères a été tenue au début de septembre 2003. À la suite de la procédure de concours, l'investisseur, qui s'était réservé le droit d'égaliser toute proposition, a revu son offre à la hausse. Le 12 septembre, le tribunal des faillites des États-Unis a approuvé un plan d'arrangement fondé en partie sur la soumission révisée de l'investisseur. Cependant, le plan américain portait également que les actifs canadiens devaient être restructurés à la satisfaction du soumissionnaire américain. Jusque-là, il n'y avait eu aucune procédure judiciaire au Canada puisque les créanciers canadiens n'avaient nullement été associés à la procédure en cours aux États-Unis. Le premier prêteur garanti à l'égard des actifs canadiens a retenu les services de la société Ernst & Young, qu'il a chargée de le conseiller. La société a surveillé le déroulement du processus d'adjudication.

Que s'est-il passé? Au Canada, on a tenu une audience le 19 septembre, et le juge a signé l'ordonnance le 22 septembre. On a demandé que les procédures américaines soient reconnues, ce qui n'a en soi rien de mal. Il est admis que les procédures en cours aux États-Unis devraient être reconnues.

Cependant, on a demandé qu'une ordonnance soit prise en application du paragraphe 47(1) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité pour que la société Ernst & Young soit désignée à

undertaking of Philip Canada. They also asked for an order authorizing and directing the interim receiver to assist with and facilitate any restructuring or purchase and sale transaction involving the Canadian company or their assets, property and undertaking, but excluding some certain assets, in concert with the U.S. bankruptcy proceedings. They also asked for an order to stay proceedings in respect of Philip Canada.

That application was made and the order was granted. I have no personal knowledge of this case but I read the order, which is on file. Canadian creditors were not involved in the court application. The court has now authorized Ernst & Young to sell Canadian assets and to facilitate the U.S. restructuring plan.

The question for all is: Is this the way in which multinational restructurings should be conducted? Should the proceedings be finalized in the United States and then rubber-stamped in Canada afterward? Should there be input by the Canadian court early in the proceedings? Should there be an opportunity for Canadian creditors to become involved? What rights of subrogation are there to Canadian creditors? I don't know. This is a relatively standard current practice for multinational restructurings, although the appointment of interim receiver is a bit of a surprise. Frequently, a monitor is appointed and not an interim receiver. That is the way it works, until we devise a more detailed scheme for dealing with multi-national restructurings.

The entire restructuring is conducted in the United States under the auspices of the United States courts and the Canadian creditors, who represent roughly 20 per cent of the assets, do not appear to have been consulted. I am only speaking from the public record and I have no actual knowledge of what went on behind the scenes, although this approach does not surprise me.

I am concerned that the model law will continue this kind of practice. Right now, we have a law that permits what happened in the *Philip Services* case but the model law goes farther. The model law gives the court the power to entrust the administration of realization of all or part of the debtor's assets to the foreign representative or other person designated by the court, and to entrust the distribution of all or part of the debtor's assets located in the local jurisdiction to the foreign representative, provided the court is satisfied that interests of the creditors and local states are adequately protected.

We do not know what "adequate protection" means and no one has told us. It would be up to the individual court to make that interpretation for decision.

In the *Philips Services* case, the judge has been put in a difficult position. There is a multi-million dollar restructuring process that has found a willing buyer. Everyone says that it is the best deal available. What is the Canadian judge expected to do? Is he

titre de séquestre intérimaire sans garantie de certains actifs, biens et engagements de Philip Canada. On a également demandé une ordonnance autorisant et obligeant le séquestre intérimaire à aider et faciliter toute opération de restructuration ou d'achat et de vente concernant la société canadienne ou ses actifs, biens et engagements, à l'exclusion de certains actifs, de concert avec la procédure de faillite en cours aux États-Unis. On a également demandé une ordonnance pour la suspension des procédures relatives à Philip Canada.

La demande a été faite, et l'ordonnance, accordée. Je ne suis pas personnellement au courant de l'affaire, mais j'ai lu l'ordonnance, qui figure au dossier. Les créanciers canadiens n'ont pas été mêlés à la requête présentée au tribunal. Ce dernier a maintenant autorisé Ernst & Young à vendre les actifs canadiens et à faciliter le plan de restructuration aux États-Unis.

La question qui se pose à tous est la suivante: est-ce ainsi qu'on devrait procéder à la restructuration de multinationales? Les procédures devraient-elles être arrêtées aux États-Unis pour ensuite être approuvées automatiquement au Canada? Le tribunal canadien ne devrait-il pas intervenir plus tôt au cours des procédures? Les créanciers canadiens ne devraient-ils pas avoir la possibilité d'intervenir? Quels droits de subrogation les créanciers canadiens exercent-ils? Je ne sais pas. En ce qui concerne les restructurations de multinationales, la pratique actuelle est relativement normalisée, même si la nomination d'un séquestre intérimaire constitue une légère surprise. Souvent, on désigne un contrôleur et non un séquestre intérimaire. C'est ainsi qu'on procède dans l'attente d'un régime plus détaillé concernant la restructuration des multinationales.

La restructuration tout entière s'effectue aux États-Unis sous les auspices des tribunaux des États-Unis, et les créanciers canadiens, qui représentent environ 20 p. 100 des actifs, ne semblent pas avoir été consultés. Je m'exprime uniquement d'un point de vue public, et je n'ai aucune connaissance factuelle de ce qui s'est passé en coulisse, même si une telle approche ne me surprend guère.

Ce que je crains, c'est que la loi type ne reconduise ce genre de pratiques. À l'heure actuelle, nous avons des dispositions législatives qui autorisent ce qui s'est produit dans le cas de *Philip Services*, mais la loi type va plus loin. Elle confère au tribunal le pouvoir de confier l'administration de la réalisation d'une partie ou de la totalité des actifs du débiteur au représentant étranger ou à une autre personne désignée par le tribunal, de lui laisser le soin d'assurer la répartition d'une partie ou de la totalité des actifs du débiteur là où le représentant étranger exerce sa compétence, à condition que le tribunal soit convaincu que les intérêts des créanciers et des États en cause sont adéquatement protégés.

Nous ne savons pas ce que veut dire «protection adéquate», et personne ne nous l'a dit. C'est à chacun des tribunaux qu'il reviendra d'interpréter cette notion avant de rendre sa décision.

Dans l'affaire *Philips Services*, le juge s'est trouvé dans une situation délicate. On a affaire à un processus de restructuration d'une valeur de plusieurs millions de dollars et à un acheteur intéressé. Tout le monde admet qu'il s'agit de la meilleure solution

expected to refuse to adopt the U.S. proceedings? Does the judge want to start all over again in Canada, which will affect the creditors? These are difficult questions in respect of the powers that Canadian courts could assert in such a situation.

In this case, it was pretty clear that the Canadian court basically rubber-stamped the U.S. proceedings. However, that may be the right answer. Should it be the right answer? That is a question I leave with you, honourable senators.

The other area I mentioned briefly was the outmoded tariff of legal costs. Right now, if you use the legal tariff, a lawyer receives \$1 for preparing a letter and \$6 for filing a petition in bankruptcy. Both the Ontario and the Quebec courts have said that the tariff is outmoded and so they have ignored it. Why have it in the act at all? It should be abolished.

There is also a question of whether to have a national tariff. I am not recommending such a thing. There are different levels of legal costs throughout the country and a national tariff would not be appropriate, depending on the jurisdiction where the legal services are performed. I would leave it to the individual provinces to set the rules and for the lawyers to be paid in accordance with the tariffs and practices that they use for other civil work.

That is basically what is happening now even though the law says differently. The courts, when they tax an account, look at the local rates rather than the tariff.

The last formal topic with which I want to deal today are the amendments to the Winding-up and Restructuring Act. I am told that I am blowing in the wind.

This act has been neglected. It is an important statute. It is one that is used to wind-up banks. We have not seen a bank problem since the 1980s.

It is used to wind-up insurance companies. The most recent problem with an insurance company was Confederation Life. Fortunately, we have not had many recent problems so everyone has forgotten about the Winding-up and Restructuring Act because it is not current in their minds, but it has major problems.

The Chairman: Mr. Baird, I have to intervene. We do not have the Winding-up and Restructuring Act in our mandated reference. It is not that we are not interested in what you have to say about it. I would be happy for you to sort of express your concerns and leave a brief message on the record on the subject. However, we are not empowered to do anything in regard to that piece of legislation.

That will be another task for another day. I do not want to stop you. If you want to sort of signal the message to us for the record, please do that.

possible. Que pouvait faire le juge canadien? Devait-il refuser d'adopter les procédures américaines? Aurait-il dû tout reprendre depuis le début au Canada, ce qui aurait eu des effets sur l'ensemble des créanciers? Il s'agit de questions difficiles qui se posent à propos des pouvoirs que les tribunaux canadiens peuvent exercer dans un tel cas.

Dans ce cas, il apparaît assez clairement que le tribunal canadien s'est essentiellement contenté d'approuver automatiquement les procédures aux États-Unis. Cependant, c'est peut-être la meilleure solution. Devrait-il en être ainsi? Voilà, honorables sénateurs, la question que je vous pose.

L'autre question que j'ai effleurée a trait au tarif des frais juridiques qui est désuet. Si, à l'heure actuelle, on utilise le tarif des frais, un avocat reçoit 1 \$ pour préparer une lettre et 6 \$ pour déposer une requête de mise en faillite. Les tribunaux de l'Ontario et du Québec en sont venus à la conclusion que le tarif était désuet et ont choisi d'en faire fi. Pourquoi figure-t-il dans la loi? On devrait l'abolir.

La question d'un tarif national se pose également. Pour ma part, je ne recommande pas un tel régime. Les frais juridiques varient selon les régions du pays, et un tarif national risque de ne pas s'appliquer selon l'administration où les services juridiques sont rendus. Je laisserais à chacune des provinces le soin de fixer les règles et aux avocats celui de se faire rémunérer conformément aux tarifs et aux pratiques en vigueur pour d'autres tâches au civil.

C'est essentiellement ce qui se produit maintenant même si la loi dit le contraire. Les tribunaux, lorsqu'ils taxent un mémoire de frais, tiennent compte des taux en vigueur au niveau local plutôt que du tarif.

La dernière question que je souhaite aborder aujourd'hui concerne les modifications de la Loi sur les liquidations et les restructurations. On me dit que je parle dans le vide.

Cette loi a été négligée. Or, il s'agit d'une loi importante. C'est celle qu'on utilise pour la liquidation des banques. Nous n'avons pas eu de problème avec les banques depuis les années 80.

On l'utilise pour la liquidation des compagnies d'assurance. Le problème le plus récent qui s'est posé à cet égard concernait la Confederation Life. Malheureusement, nous avons rencontré peu de problèmes récents de sorte que tout le monde a oublié la Loi sur les liquidations et la restructuration, parce qu'on ne l'a pas présente à l'esprit, même si elle comporte de graves lacunes.

Le président: Monsieur Baird, je dois intervenir. La Loi sur les liquidations et les restructurations ne fait pas partie de notre ordre de renvoi. N'allez pas croire que ce que vous avez à dire à ce sujet ne nous intéresse pas. Je vous saurais gré d'exprimer vos préoccupations et de laisser un bref message à ce sujet aux fins du compte rendu. Cependant, notre mandat ne nous permet pas de faire quoi que ce soit au sujet de cette loi.

Nous nous attaquerons plus tard à cette question. Je ne veux pas vous couper la parole. Si vous voulez nous envoyer un message aux fins du compte rendu, je vous invite à le faire.

Mr. Baird: I definitely do. I knew that it was not on your order of reference, Mr. Chairman. I definitely hope that one of your projects will be to look at the Winding-up and Restructuring Act, but there are no restructuring provisions in the act, which is one of our major concerns.

We can improve the recovery for insurance companies and for other financial institutions, if we put effective restructuring provisions in the act. It is costing Canadian policyholders' money because we do not have an effective restructuring provision in the Winding-up and Restructuring Act.

That is the message I would like to put on the record, Mr. Chairman.

The Chairman: Thank you very much.

Mr. Max Mendelsohn, Chairman of the Firm and Head of the Reorganizations & Insolvency Group of Mendelsohn, G.P.: Thank you, honourable senators, for this opportunity to address you. I was here last on the occasion of the 1997 amendments to the Bankruptcy and Insolvency Act and the CCAA. I was here as representative of Industry Canada. Today, I am here as representative of myself. It may be that some of the things that I suggest will be, as Mr. Baird said with respect to the Winding-up and Restructuring Act, blowing in the wind.

I would like to address some of the comments made by Mr. Baird because I find myself to be substantially in agreement with him on various areas.

I would like to expand on the issue of the subordination of equity claims. The lack of provision for the subordination of such claims is rendering Canada somewhat irrelevant in certain insolvency proceedings, which otherwise would not be the case.

It is needed that not only the claims be subordinated but that they be disenfranchised. In a plan of reorganization, if those claims are subordinated and if there are insufficient assets to bring any value to those claims, then they should be denied a right to vote on a plan. If they are given the right to vote and if they are to receive no proceeds, then they are given undue leverage, and really would not have solved the problem. It is a question of both subordination and disenfranchisement.

I would like to address some broad themes where our insolvency and reorganization system may be a little too timid. Our system needs to create a uniform system to give enterprises a chance to be restructured if they can be made viable, whether through the existing entity or through another entity. If they cannot be restructured, we should allow the assets to be disposed of in the most effective manner.

M. Baird: J'y tiens absolument. Je sais, monsieur le président, que cette question n'est pas visée par votre ordre de renvoi. J'espère sincèrement que vous aurez pour projet d'étudier la Loi sur les liquidations et les restructurations, mais cette dernière ne comporte pas de dispositions sur les restructurations, ce qui constitue l'une de nos inquiétudes majeures.

Nous pouvons améliorer la structuration des compagnies d'assurance et d'autres établissements financiers en assortissant la loi de dispositions efficaces sur les restructurations. Cette situation, c'est-à-dire l'absence de dispositions efficaces sur la restructuration dans la Loi sur les liquidations et les restructurations, coûte de l'argent aux titulaires de polices du Canada.

Voilà, monsieur le président, le message que je souhaite faire inscrire au compte rendu.

Le président: Merci beaucoup.

M. Max Mendelsohn, président du cabinet et chef du groupe des réorganisations et de l'insolvabilité de Mendelsohn, s.e.n.c.: Merci, honorables sénateurs, de l'occasion qui m'est donnée de prendre la parole devant vous. Ma dernière comparution remonte aux modifications de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies de 1997. J'avais alors comparu à titre de représentant d'Industrie Canada. Aujourd'hui, je me représente moi-même. En tenant certains des propos que j'ai l'intention de vous communiquer, je risque fort, comme M. Baird l'a dit à propos de la Loi sur les liquidations et les restructurations, de parler dans le vide.

J'aimerais revenir sur certains commentaires faits par M. Baird parce que, sur le fond, je suis d'accord avec lui dans divers domaines.

J'aimerais en dire un peu plus sur la question de la subordination des réclamations liées au capital-actions. L'absence de dispositions sur la subordination de telles réclamations fait que le Canada devient en quelque sorte hors de cause dans le cadre de certaines procédures d'insolvabilité, ce qui, autrement, ne serait pas le cas.

On doit non seulement subordonner les réclamations, mais aussi faire en sorte qu'elles ne donnent pas le droit de vote. Dans un plan de réorganisation, les auteurs de telles réclamations, si ces dernières sont subordonnées et que les actifs ne sont pas suffisants pour conférer de la valeur aux réclamations, ne devraient pas être autorisées à voter sur un éventuel plan. Si on confère à ces personnes le droit de vote et qu'elles n'auront pas droit aux produits d'un règlement, elles bénéficient d'une influence indue, même si, en réalité, elles n'auraient pas réglé le problème. Il s'agit d'une question de subordination et de perte de droits.

J'aimerais aborder certaines questions dans le cadre desquelles notre régime d'insolvabilité et de réorganisation est peut-être un peu trop timide. En vertu de notre régime, on doit créer un système uniforme qui permette aux entreprises de se restructurer s'il est possible d'en assurer la viabilité, par l'entremise de l'entité existante ou d'une autre. Si elles ne peuvent être restructurées, nous devrions permettre la vente des actifs selon les modalités les plus efficaces possible.

I suggest we are missing a few areas in this regard. We do not adequately address how to deal with executory contracts. Mr. Baird, rightly, has brought up the specific case of licensing arrangements, which is an important example but not the sole example of executory contracts.

Under the CCAA, where the law is scant and a judge-made law, there has developed a very general doctrine whereby reorganizing entities have the ability to renounce executory contracts, as they should, with appropriate judicial supervision.

Under the Bankruptcy and Insolvency Act, which has restructuring provisions, the only category of contract that can be renounced is a commercial lease of real estate where the reorganizing entity is the lessee. There is an elaborate system of rules for how that works, but there is no provision for the renunciation of other categories of contracts. You cannot have a regime that works well at restructuring entities where all that can be addressed is existing-accrued debt but not ongoing obligations, which is what we have in the BIA.

I will suggest later that there are many disconnects between the BIA and the CCAA where, perhaps, the philosophy that underlies both should be the same.

The subject of executory contracts is an important area. It extends beyond reorganization. It should flow into bankruptcy. Again as Mr. Baird pointed out, it is available to a bankruptcy to renounce executory contracts. He suggests that there should be certain exceptions under certain circumstances, such as licensing arrangements, and I agree. There should be, however, the ability of a bankruptcy trustee to assign and transfer executory contracts that have been brought up to date to third parties.

Mr. Baird has suggested it with respect to licensing arrangements. The same should be true of any other contracts, including, for example, leases of premises. I will speak particularly about leases of premises because that is a very clear example of the problem, but it exists in many other categories of contracts.

The law across Canada with respect to leases is provincial law. Therefore, we have no uniformity across Canada. For example, the Province of Ontario, under the Commercial Tenancy Act, provides for the ability of a trustee in bankruptcy under certain circumstances to assign leases. I would suggest that the provisions of that law are inadequate, but at least there are provisions dealing with it.

In the Province of Quebec, for example, which is the province with which I am most familiar, there is no such provision.

Je suis d'avis que nous accusons des lacunes à cet égard dans un certain nombre de domaines. Nous ne traitons pas adéquatement la question des contrats exécutoires. À juste titre, M. Baird a soulevé le cas précis des contrats de licence, qui constitue un exemple important de contrats exécutoires, sans toutefois être le seul.

En vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, où le droit est limité et jurisprudentiel, on a mis au point une doctrine très générale en vertu de laquelle les entités en cours de réorganisation ont la capacité de renoncer à des contrats exécutoires, comme cela s'impose, sous une supervision judiciaire adéquate.

En vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, qui contient des dispositions sur la restructuration, un bail commercial pour un bien immobilier en vertu duquel l'entité en cours de réorganisation est le preneur à bail constitue la seule catégorie de contrat auquel on peut renoncer. Une telle procédure est assujettie à un ensemble de règles complexes, mais il n'existe aucune disposition pour la renonciation à d'autres catégories de contrats. On ne peut avoir un régime qui fonctionne bien pour les entités en cours de restructuration en vertu duquel on peut s'intéresser à la dette cumulative actuelle, mais pas aux obligations courantes, comme c'est le cas en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité.

Plus tard, je vais montrer qu'il existe de nombreux hiatus entre la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, tandis que la philosophie qui sous-tend les deux devrait peut-être être la même.

La question des contrats exécutoires est importante. Elle va au-delà de la réorganisation. Elle devrait s'appliquer aux faillites. Une fois de plus, comme M. Baird l'a mentionné, un failli a la possibilité de renoncer à des contrats exécutoires. Le témoin a laissé entendre qu'on devrait prévoir des exceptions dans certaines circonstances, par exemple les contrats de licence, et je suis d'accord. Cependant, le syndic de faillite devrait avoir la possibilité d'assigner et de céder à des tierces parties des contrats qui ont été actualisés.

M. Baird a fait cette proposition à propos des contrats de licence. On devrait en faire de même pour tous les autres contrats, y compris, par exemple, les baux pour la location de biens immobiliers. Je vais parler en particulier des baux parce qu'ils constituent une illustration très nette du problème, qui se pose toutefois aussi dans de nombreuses autres catégories de contrats.

Au Canada, c'est le droit provincial qui régit la question des baux. Par conséquent, il n'y a donc pas d'uniformité au pays. À titre d'exemple, l'Ontario, en vertu de la Loi sur la location commerciale, permet à un syndic de faillite d'assigner des baux dans certaines circonstances. Je suis d'avis que les dispositions de cette loi sont inadéquates, mais il existe au moins des dispositions pour régler le problème.

Au Québec, par exemple, soit la province que je connais le mieux, on ne retrouve pas de telles dispositions.

If there is a clause within a commercial lease that indicates that bankruptcy is a means by which a landlord can cancel the lease, then the bankruptcy of the tenant creates a situation whereby the economic value of that lease is lost, even if there are not any real defaults under that lease.

The law of Quebec, Ontario and other provinces should not be different on that point. I suggest that for this area, including other executory contracts, a trustee in bankruptcy should be given the right to realize, for the benefit of creditors, whatever economic value resides in the assets including executory contract assets.

Our insolvency law is deficient in that it does not address the issue of the corporate shell; the equity holdings within a reorganizing entity, and within a bankruptcy entity, are not affected under our current law. Let me discuss it both in the context of bankruptcy, and in the context of reorganization.

In the context of bankruptcy, the shareholders remain the shareholders. There are certain rights that cannot be realized without the cooperation of shareholders. For example, tax losses within a company, which can be an important asset can only be used within the corporate shell in which the losses were created. A trustee cannot sell the tax losses because only the shareholders of the company qualify for the benefit of the tax loss. There is no provision under our insolvency legislation to take away the equity and give it to someone else. A trustee should have the right to take away the equity and give it to someone else.

Let me give you an example of an area where this was an important issue. Mr. Baird referred to the Eaton's insolvency wherein a number of interesting things occurred. In the Eaton's situation, there were huge tax losses within the company. There was a buyer who had the desire to acquire the company free of most of the old assets and liabilities in order to access the tax losses. This could not be done without the cooperation of the shareholders. A plan was developed whereby the assets were liquidated for the benefit of the creditors and the shares were sold. A large amount of realization attributable to the sale of the tax loss was channelled to the shareholders at a time when the creditors were receiving substantially less than 100 cents on the dollar.

The Eaton's reorganization was not reorganization; it was a bankruptcy in disguise. The shareholders had the leverage to make this situation occur. In reality, realizations that best belonged with creditors landed with the shareholders because of deficiencies within our insolvency law. The trustee should be given the ability to deal with the corporate shell.

Within the reorganization system current equity holders have too much leverage over the process. It frequently happens, although more so with smaller public entities, that creditors are forced to take major write-downs of their debt in the course of a reorganization that leaves the equity holders intact. In reality, the creditors have made an equity contribution to the shareholders.

Si, dans un bail commercial, on précise que la faillite est un moyen en vertu duquel un propriétaire peut annuler le bail, la faillite du locataire entraîne une situation en vertu de laquelle la valeur économique du bail en question est perdue, même s'il n'y a pas de véritable faillite dans ce dernier.

Sur ce point, les lois du Québec, de l'Ontario et d'autres provinces ne devraient pas diverger. Dans ce domaine, y compris d'autres contrats exécutoires, je suis d'avis qu'un syndic de faillite devrait avoir le droit de réaliser, au profit des créanciers, la valeur économique de tous les avoirs, y compris ceux qui ont trait à des contrats exécutoires.

Notre droit de l'insolvabilité est déficient en ce sens qu'il est muet sur la question de l'entité juridique de l'entreprise; en vertu de notre droit actuel, les portefeuilles d'actions au sein d'une entité en réorganisation et d'une entité en faillite ne sont pas touchés. Permettez-moi d'aborder cette question dans le contexte de la faillite et de la réorganisation.

Dans le contexte de la faillite, les actionnaires demeurent les actionnaires. Il existe certains droits qui ne peuvent être réalisés sans la coopération des actionnaires. À titre d'exemple, les pertes fiscales au sein d'une entreprise, lesquelles peuvent constituer un actif important, ne peuvent être utilisées qu'à l'intérieur de l'entité juridique où les pertes en question ont été créées. Un syndic ne peut vendre les pertes fiscales parce que seuls les actionnaires de la société sont habilités à en profiter. En vertu de nos dispositions législatives sur l'insolvabilité, rien ne permet de soustraire des actifs pour les remettre à quelqu'un d'autre. Un syndic devrait avoir le droit de retirer les actions et de les céder à une autre partie.

Permettez-moi de vous citer un exemple dans un domaine où cette question a joué un rôle important. M. Baird a fait référence à l'insolvabilité d'Eaton, où un certain nombre de faits intéressants se sont produits. Dans le cas d'Eaton, la société a subi d'énormes pertes fiscales. Or, il y avait un acheteur qui souhaitait acquérir l'entreprise dépouillée de l'essentiel de ses anciens actifs et passifs pour accéder aux pertes fiscales. On n'a pu le faire sans la coopération des actionnaires. On a élaboré un plan en vertu duquel les actifs ont été liquidés au profit des créanciers, et les actions, vendues. On a remis aux actionnaires une bonne part des actifs réalisés grâce à la vente des pertes fiscales au moment où les créanciers touchaient nettement moins que 100 cents au dollar.

La réorganisation d'Eaton n'a pas été une réorganisation; c'était plutôt une faillite déguisée. Les actionnaires ont le pouvoir de faire en sorte que cela se produise. En réalité, en raison des lacunes de notre droit de l'insolvabilité, on permet aux actionnaires de bénéficier de réalisations d'actifs qui devraient plutôt revenir aux créanciers. Le syndic devrait avoir la capacité de composer avec l'entité juridique de l'entreprise.

Dans le cadre du régime actuel de réorganisation, les détenteurs de portefeuilles d'actions ont une influence trop grande sur le processus. Il arrive souvent, relativement à des entités publiques plus petites, il est vrai, que les créanciers soient contraints d'accepter d'importantes réductions de la valeur de leur dette à la faveur d'une réorganisation qui laisse intact le portefeuille des

There are reasons within our law as to why this is the case and where this situation could be alleviated to some degree. It cannot be fully alleviated in the case of private companies because in many of those the goodwill of the company resides in the head of the principals and not in the assets themselves. Therefore, the equity cannot be fully taken away from the shareholders with the company continuing at the same time. However, there are ways to better balance the issues in that respect.

There are differences across Canada for which I wish I had good solutions to propose. Currently, in the practice of insolvency, as opposed to the substantive rules, virtually all large restructurings in Canada, through the CCAA, occur in Toronto, without regard to where the centre of gravity, to use a non-judicial term, of the enterprise is located. I can cite the examples of Teleglobe, Air Canada and Evaco, which are Montreal companies. Yet, the management and professionals of those corporations choose to reorganize in Toronto rather than in Montreal.

I have used Montreal as an example but there have been a number of others that have come to Toronto from other provinces. This is not in any measure a criticism of the Ontario practice. On the contrary, it is a compliment to Ontario practice and to the practitioners in the judiciary of Ontario.

The means should be sought, and I do not know whether it can be done through legislation, to try to balance that situation. Perhaps it could be done by mandating and creating more specialized judiciaries in the major centres of Canada. Toronto has succeeded in creating a specialized and highly skilled judiciary. Perhaps rules of practice could be developed so that it would be easier to conduct real-time litigation in reorganization matters rather than ponderous litigation kinds of rules that are applied in many other places.

Currently, the rules of practice under our BIA that are applicable across the country somewhat simplify proceedings thereunder. There are no rules of practice under the CCAA and, therefore, the provincial rules of practice apply. These have been applied in a supple manner in Ontario and in a less supple manner elsewhere. Perhaps the inclusion of rules of practice would help.

There is also lack of uniformity in the area of insolvency receivership. When a corporation is insolvent, assets are taken over by secured creditors and realized. Federal insolvency legislation does not occupy this field. As a result, receivership is dealt with across the country as a provincial matter with resulting differences across and with great difficulties in handling a receivership when assets are located in many provinces.

actionnaires. En réalité, les créanciers ont apporté des capitaux aux actionnaires. Il y a dans notre droit des motifs qui expliquent cet état de fait et des moyens d'en atténuer les effets jusqu'à un certain point. On ne peut le faire dans le contexte d'entreprises privées parce que, dans de nombreux cas, la cote d'estime de l'entreprise réside dans la tête des directeurs et non dans les actifs eux-mêmes. Par conséquent, on ne peut priver les actionnaires de leurs actions et faire en sorte que l'entreprise poursuive ses activités. Cependant, il y a des moyens de mieux équilibrer les problèmes à cet égard.

Au Canada, on trouve des divergences auxquelles j'aimerais bien avoir des solutions à proposer. À l'heure actuelle, dans la pratique de l'insolvabilité par opposition à l'application de règles de fond, la quasi-totalité des grandes restructurations effectuées au Canada aux termes de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies s'effectuent à Toronto, sans égard au centre de gravité, pour employer un terme non juridique, de l'entreprise. Je peux citer les cas de Téléglobe, Air Canada et Evaco, qui sont des entreprises de Montréal. Pourtant, la direction et les professionnels de ces sociétés choisissent de se réorganiser à Toronto plutôt qu'à Montréal.

J'ai cité Montréal en exemple, mais il y a un certain nombre de réorganisations dans d'autres provinces qui se sont effectuées à Toronto. On ne doit absolument pas interpréter mes propos comme une critique de la pratique ontarienne. Au contraire, je rends plutôt hommage à la pratique ontarienne de même qu'aux praticiens du système judiciaire de l'Ontario.

On devrait — et je ne sais si on pourra le faire par la voie législative — tenter d'établir un équilibre. Peut-être pourrait-on, pour y parvenir, mandater et créer des pouvoirs judiciaires plus spécialisés dans les principaux centres du Canada. Toronto a réussi à créer un pouvoir judiciaire spécialisé et hautement qualifié. Par exemple devrait-on élaborer des règles de pratique grâce auxquelles il serait plus facile de mener des contentieux en temps réel concernant les réorganisations plutôt que le genre de règles et de lourds contentieux appliqués à de nombreux autres endroits.

À l'heure actuelle, les règles de pratique découlant de notre Loi sur la faillite et l'insolvabilité applicables partout au pays ont quelque peu pour effet de simplifier les procédures s'y rapportant. Il n'y a pas de règles concernant la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies; par conséquent, ce sont les règles provinciales de pratique qui s'appliquent. Elles ont été appliquées de façon souple en Ontario et de façon plus rigide ailleurs. Peut-être l'inclusion de règles de pratique faciliterait-elle les choses.

On note également un manque de cohérence dans le domaine des séquestres en cas d'insolvabilité. Lorsqu'une société est insolvable, les créanciers garantis s'emparent des actifs et les réalisent. Les dispositions législatives fédérales concernant l'insolvabilité n'occupent pas ce champ. Ainsi, le séquestre est traité dans l'ensemble du pays comme une question relevant de la compétence des provinces, ce qui se traduit par des écarts et de grandes difficultés relatives au fonctionnement d'un séquestre lorsque les actifs sont disséminés dans de nombreuses provinces.

In Ontario, where the action is in this area, the interim receivership provisions of the BIA have been massaged and stretched to a degree that they are not recognizable, but in a practical way so as to have created a quasi-system of uniform receivership across Canada. I applaud the practitioners and judiciaries of Ontario for having done that.

The judiciaries elsewhere tend to be more timid because they do not find a legislative mandate for dealing with things the way that it has been the case in Ontario. I would suggest that the legislation should address these issues.

I should like to address the schizophrenic relationship between the BIA and the CCAA insofar as reorganizations are concerned. In general terms, it is intended that reorganizations under the BIA handle smaller matters and that larger matters are dealt with under the CCAA. The rules and practices under the two statutes are so different as to be unrecognizable from one to the other in a way that one questions whether it makes sense.

Executory contracts can be dealt with under a CCAA with the exception of commercial leases of premises. However, they cannot be dealt with under the BIA. There is no valid policy reason for that difference. If executory contracts have to be renounced, they have to be renounced whether they are a big or a small company.

There are many proposals for DIP financing under the CCAA. What is the policy reason that allows debtor in possession financing to occur under the CCAA but not under the BIA? There is no valid policy reason. I have heard it expressed that it would be too expensive, but frankly, I believe that is somewhat elitist and paternalistic.

If a reorganizing entity believes that it is too expensive to seek DIP financing in its reorganization, it will not do it or it will not be able to do it. However, it should not be denied the opportunity to try to do it if the concept makes sense.

There are many other areas where the BIA is much too rigid, and it may be that the CCAA is much too flexible. I am not saying that flexibility is not a good thing. It is a wonderful thing that we have flexible statutes, and it is a wonderful thing that our practice is less litigation oriented than it is in the United States.

One of the important features of our law has to be predictability. When lenders, especially foreign lenders in this era of globalization, seek to lend to Canadian entities, they wish

En Ontario, où l'action dans ce domaine se concentre, les dispositions relatives au séquestre intérimaire de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité ont été triturées et étirées au point où elles sont méconnaissables, mais de façon pratique, si bien qu'elles ont créé un quasi-régime de séquestre uniforme au Canada. Je loue les praticiens et les pouvoirs législatifs de l'Ontario d'avoir réussi cela.

Ailleurs, les pouvoirs législatifs tendent à faire preuve de plus de timidité parce qu'ils n'ont pas le mandat législatif d'aborder les questions comme on l'a vu en Ontario. À mon avis, on devrait s'intéresser à ces questions dans les dispositions législatives.

J'aimerais aussi dire un mot de la relation schizophrène entre la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies en ce qui concerne les réorganisations. De façon générale, l'intention est que, dans le contexte des réorganisations, les questions plus modestes soient traitées aux termes de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, et les questions de plus grande envergure, aux termes de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies. Or, les règles et les pratiques aux termes des deux lois sont différentes au point qu'on ne peut les distinguer les unes des autres, ce qui fait qu'on est en droit de s'interroger sur leur sens.

On peut traiter les contrats exécutoires aux termes de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, à l'exception des baux commerciaux pour des biens immobiliers. Cependant, on ne peut les traiter aux termes de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité. Aucune raison stratégique ne modifie cette différence. Si on doit renoncer aux contrats exécutoires, on doit le faire impérativement, qu'il s'agisse d'une petite ou d'une grande société.

En vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, on note de nombreuses propositions pour les entreprises qui demandent la protection de la loi. Pour quelle raison stratégique permet-on le financement de débiteur-exploitant en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des entreprises, mais pas aux termes de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité? Il n'y a pas à cela de motif stratégique valable. J'ai entendu dire qu'un tel recours serait trop coûteux, mais, franchement, je pense qu'il s'agit d'une attitude quelque peu élitiste et paternaliste.

Quand une entité en mode réorganisation estime trop coûteux le recours au financement sous séquestre, elle n'y recourt pas, sinon n'est pas en mesure d'y recourir. Tout de même, il ne faut pas lui interdire la possibilité de le faire, dans la mesure où l'option a du sens.

La Loi sur la faillite et l'insolvabilité est beaucoup trop rigide à de nombreux autres égards, et il se peut que la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies soit beaucoup trop souple. Je ne dis pas que la souplesse n'est pas une bonne chose: c'est merveilleux de disposer de lois qui sont souples, et il est merveilleux que nos usages mettent moins l'accent sur le litige que ceux des États-Unis.

La prévisibilité doit demeurer un important élément de notre droit. Quand un prêteur, surtout un prêteur étranger à l'époque de mondialisation où nous vivons, veut prêter une somme

to understand the law. They need to know the consequences of the law and to what extent someone else can prime their security. Lenders need to know to what extent they can be impaired. We cannot provide lenders with answers because of the existence of the flexibility of the BIA and the lack of guidelines within it. That situation can turn lenders away.

Another area of the dichotomy between the BIA and the CCAA is in voting for plans. There is a principle under the BIA that says that related parties who are also creditors cannot vote in favour of a plan. One can say that is a good rule or not a good rule. I would suggest that it has merit, but that happens to be the rule.

There is no such rule under the CCAA. There have been plans where, in effect, the owners of a company have managed to amass enough debt so as to be able to be voters in a CCAA plan. They have managed to force a plan through at a time when the outside creditors are against the plan, voted against it, but the creditor votes were not meaningful because they were diluted by insider votes. Whatever one believes should be the treatment of such a situation, there is no valid policy reason why that should be different under the BIA and the CCAA.

These are examples of why I feel there should be greater coordination between those two statutes in so far as they relate to reorganization.

The Chairman: Thank you very much.

Mr. Delorme, you are here with a specific mandate and a specific function. Is there any intervention you wish to make at this point?

Mr. Jean-Claude Delorme, Chairman of the Management Advisory Board of the Office of the Superintendent of Bankruptcy: Mr. Chairman, I am not in a position to comment on any of the points that Mr. Baird and Mr. Mendelsohn have raised, but I would like to express a different set of points.

For the information of the members of this committee, in case the mandate of the board of which I am the chairman is not known, the board was set up for the purpose of providing advice on managerial practices in application within the Office of the Superintendent of Bankruptcy.

Our mandate does not extend to points that are related to the legislation itself nor to the exercise of the quasi-judicial functions of the superintendent. Our mandate is to review the annual business plans of the Office of the Superintendent of Bankruptcy, to review performance against those plans, and to review the revenues and cost. That is a particularly important part of our mandate because the ultimate purpose of the board is to support the goal that was defined for the Office of the Superintendent of

d'argent à une entité canadienne, il souhaite comprendre le droit applicable. Il souhaite connaître les conséquences du droit et la mesure dans laquelle quelqu'un d'autre peut avoir préséance quant à la réalisation de sa garantie. Le prêteur a besoin de savoir jusqu'à quel point cela peut le toucher. Or, nous ne pouvons donner de réponse aux questions des prêteurs, du fait de la souplesse de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et du fait qu'il n'y a pas de lignes directrices. C'est une situation qui peut faire fuir les prêteurs.

Autre élément de la dichotomie qui existe entre la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies: le vote sur les plans. Selon un principe de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, les personnes apparentées qui sont également créanciers ne peuvent voter en faveur d'un plan. On peut débattre du bien-fondé d'une telle règle. Je dirais pour moi-même qu'elle a du mérite, mais de toute façon, c'est la règle.

Il n'y a pas de règle de ce genre dans la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies. On a déjà vu des plans où, de fait, les propriétaires d'une entreprise ont réussi à accumuler une dette suffisante pour avoir le droit de voter en rapport avec un plan selon la LACC. Ils sont parvenus à faire adopter de force un plan même si les créanciers de l'extérieur s'y opposaient, ont voté contre le plan, mais les votes des créanciers à l'interne ont eu pour effet de diluer les votes des autres créanciers. Quel que soit le traitement que l'on préconise dans une telle situation, du point de vue du principe, il n'y a pas de raison valable de croire que les deux lois ne devraient pas dire la même chose.

Voilà des cas qui me font croire qu'il devrait y avoir une meilleure coordination entre les deux lois, dans la mesure où il est question d'une réorganisation.

Le président: Merci beaucoup.

Monsieur Delorme, vous êtes là armé d'un mandat précis et d'une fonction précise. Avez-vous des observations à formuler en ce moment?

M. Jean-Claude Delorme, président du Conseil consultatif de gestion du Bureau du surintendant des faillites: Monsieur le président, je ne suis pas bien placé pour commenter l'un quelconque des points soulevés par M. Baird et M. Mendelsohn, mais j'aimerais faire valoir moi-même un ensemble de questions différentes.

À titre de renseignement pour les membres du comité, au cas où le mandat du conseil dont je suis le président ne serait pas connu, le conseil consultatif a été créé afin de pouvoir dispenser des conseils sur les pratiques de gestion en application au Bureau du surintendant des faillites.

Notre mandat n'englobe pas les points qui se rapportent à la loi elle-même ni à l'exercice des fonctions quasi-judiciaires qui appartiennent au surintendant. Notre mandat consiste à examiner les plans d'affaires annuels du Bureau du surintendant des faillites, à comparer le rendement présenté au plan préétabli et à examiner les recettes et les coûts de l'organisation. C'est un élément particulièrement important de notre mandat, car, en dernière analyse, le conseil consultatif a pour raison d'être de

Bankruptcy when it was set up as a special operating agency. More specifically, it was then expected to operate on a financially self-sufficient and self-funded basis. From that point of view, we pay particular attention to the financial operations of the office.

I would like to mention one point on which the board has spent a considerable amount of time. It is in connection with the financial framework under which the Office of the Superintendent of Bankruptcy operates.

Considering that the ultimate goal is for the office to be financially self-sufficient, it would logically follow that the office should then have access to the totality of the revenues it generates. Unfortunately, that is not the case. This restriction has been acknowledged, and a number of adjustments have been made by the Treasury Board to enable the office to have greater access to the revenues it generates, however, even with those adjustments, there is still a shortfall of revenues to which the office does not have access.

The Chairman: I will ask you to keep this as confined as possible. The focus this morning is on some of the policy issues. I do not want to intrude on the committee's time. Frankly, we are in different areas here.

Mr. Delorme: I realize that, Mr. Chairman. I am not entirely certain whether I should be here today, even though I have been invited.

With your permission, I would like to highlight what we believe is the impact of this shortfall for this weakness in the financial framework. This restricts the ability of the superintendent, not so much to perform the statutory non-discretionary functions, but his ability to perform some discretionary functions that require some expenses, but at the same time do not generate revenues. I am referring, in particular, to the compliance monitoring function in relation to compliance by trustees and debtors.

We feel that these are functions that are absolutely essential, because it is on these functions that the credibility and reliability of the overall insolvency process in Canada depends. That is the reason why we feel that this is an issue that should be addressed in order to give the superintendent all the means that are required to achieve the goals of its mandate.

The Chairman: Thank you very much. I will open to questions now.

Senator Kelleher: Mr. Mendelsohn, as you correctly pointed out, both of the acts contain deficiencies. Should we try to merge the two? Do we really need two separate acts? Would we be better off to try to merge them and get a comprehensive act?

I am not criticizing Judge Farley because there is not much for him to follow under the CCAA. His court is primarily made up of judge-made laws. It is very difficult, I believe, for practitioners in

concourir à la réalisation de l'objectif défini pour le Bureau du surintendant des faillites, au moment où celui-ci a été constitué en tant qu'organisme de service spécial. Plus particulièrement, il devait alors acquérir l'autonomie financière et se financer lui-même. Dans le contexte, nous accordons une attention particulière aux opérations financières du bureau.

Je voudrais soulever une question à laquelle le conseil a consacré beaucoup de temps. Cela a trait au cadre financier dans lequel s'inscrit le fonctionnement du Bureau du surintendant des faillites.

Comme l'objectif final du bureau est l'autonomie financière, il s'ensuit logiquement que le bureau devrait avoir accès à la totalité des recettes qu'il produit. Malheureusement, ce n'est pas le cas. Cette restriction est un fait reconnu, et le Conseil du Trésor a effectué plusieurs rajustements pour permettre au bureau de mieux accéder aux recettes qu'il produit; toutefois, malgré les rajustements en question, il existe encore des recettes auxquelles le bureau n'a pas accès, d'où un certain manque à gagner.

Le président: Je vais vous demander de circonscrire autant que possible votre propos. Ce matin, nous nous concentrons sur certaines des questions relevant de la politique en la matière. Je ne veux pas que le comité soit contraint de mettre du temps à étudier d'autres questions. Pour être franc, nous ne sommes pas dans le même domaine ici.

M. Delorme: J'en suis conscient, monsieur le président. Je ne suis pas tout à fait sûr que ma présence soit justifiée aujourd'hui, même si on m'a invité.

Avec votre permission, j'aimerais souligner ce que nous croyons être l'impact du manque à gagner en question, relativement à la faiblesse du cadre financier évoqué. Cela limite la capacité qu'a le surintendant non pas tant d'exercer les fonctions non discrétionnaires que lui confère la Loi, mais plutôt d'exercer certaines fonctions discrétionnaires qui supposent des dépenses, mais qui, en même temps, ne produisent pas de recettes. Je parle en particulier de la fonction qui consiste à surveiller l'observance par les syndics et les créanciers des règles établies.

Nous estimons qu'il s'agit là de fonctions absolument essentielles: c'est sur elles que reposent la crédibilité et la fiabilité du processus d'insolvabilité dans son ensemble au Canada. C'est pourquoi, à notre avis, il faut s'attacher à cette question, afin que le surintendant dispose de tous les moyens possibles pour atteindre les objectifs liés à son mandat.

Le président: Merci beaucoup. Je déclare la période de questions ouverte.

Le sénateur Kelleher: Monsieur Mendelsohn, comme vous avez eu raison de le dire, les deux lois comportent des lacunes. Est-ce que nous devrions essayer de les fusionner? Avons-nous vraiment besoin de deux lois distinctes? Serait-il mieux pour nous de les fusionner et d'avoir une loi globale?

Je ne critique pas le juge Farley, car il n'y a pas grand-chose à suivre en matière de règles dans la LACC. Son tribunal traite d'abord et avant tout avec un droit constitué par les juges

that court to know where the court is going. Do we need some amendments to the CCAA to provide a better framework so that there is more certainty when one goes to that court?

Mr. Mendelsohn: This issue has been discussed for years. The opinions I express are my own because I do not believe they are the mainstream opinions.

I believe there should be one statute. There should be what I describe as a simplified default regime for certain smaller situations, but with full flexibility to use all of the restructuring tools available for all corporations seeking to restructure, whether they have more than \$5 million of debt or less.

I believe that a problem with having judge-made law without guidelines increases the lack of predictability in the law. There is a very natural, human and well-intentioned bias built into the process in favour of restructuring entities, because everyone wants to see entities survive, especially if they have a well-known public face. The law tends to get stretched toward saving the entities, and often the rights of some of the stakeholders are not protected in the process to the extent that they should be. If there were more elaborate guidelines in our law and more clearly enunciated principles as to what can and cannot be done that may create some counterbalance to that understandable bias.

Senator Kelleher: Although it is off topic to today's discussions I wonder if you have an opinion on whether there should be more protection for private RRSPs under the Bankruptcy Act.

Mr. Baird: I think we both have opinions on that subject.

Senator Kelleher: We are at the age now where we have to look at these things.

Mr. Baird: You are correct. My answer is "yes." There is a strong prejudice toward self-employed people who have RRSPs, because their RRSPs are not exempt from seizure, as opposed to a person receiving a pension and the pension is exempt. I believe there should be rules giving self-employed private pensions or private RRSPs the same status as pensions that are being earned by employees.

Mr. Mendelsohn: I agree also. There has been a suggestion that there be a clawback of RRSP contributions made within three years preceding the bankruptcy. I question that, and I suggest a different approach as follows; there should be a clawback to the extent that the RRSP contributions, in whatever their reference period is, exceed the contributions generated by the earned income in those particular years. In other words, if someone is topping-up an RRSP by making contributions that became available from previous years that should be clawed back. However, in the same way that pension payments made in the few

eux-mêmes. Je crois qu'il est très difficile pour les praticiens du tribunal en question de prévoir le cheminement futur du tribunal. Est-ce qu'il nous faut apporter certaines modifications à la LACC en vue d'établir un meilleur cadre, pour qu'il y ait plus de certitude au moment où une affaire est mise entre les mains du tribunal en question?

M. Mendelsohn: C'est une question dont on discute depuis des années. Les opinions que j'exprime m'appartiennent; je ne crois pas que ce soit l'opinion générale.

Je suis d'avis qu'il faudrait qu'il y ait une seule et unique loi. Il devrait y avoir un régime simplifié qui s'applique par défaut à certains cas de faible envergure, mais qui autorisent toute la marge de manœuvre voulue et le recours à tous les outils de restructuration à la disposition de l'ensemble des sociétés qui souhaitent se restructurer, qu'elles aient une dette supérieure à 5 millions de dollars ou non.

Je crois que le droit modulé par les juges en l'absence de lignes directrices nuit à la prévisibilité du droit. Le procédé comporte un préjugé très naturel et humain qui est motivé par de bonnes intentions: on favorise les entités qui se restructurent, car chacun souhaite que les ententes survivent, surtout si elles ont un visage public connu. On a tendance à étirer les limites de la loi pour sauver des entités et, souvent, les droits de certains des participants ne sont pas protégés autant qu'ils devraient l'être. Si le droit de la faillite comportait des lignes directrices plus précises et des principes énoncés avec une plus grande clarté, pour qu'on sache ce qui peut se faire et ce qui ne peut pas se faire, ce serait peut-être un contrepoids à ce préjugé compréhensible.

Le sénateur Kelleher: Ce n'est pas le sujet dont nous discutons aujourd'hui, mais je me demande si vous avez une opinion sur la question de savoir s'il faut protéger davantage les REER privés en application de la Loi sur la faillite.

M. Baird: Je crois que nous avons tous deux une opinion sur cette question.

Le sénateur Kelleher: Nous en sommes maintenant à l'âge où il faut regarder ces choses.

M. Baird: Vous avez raison. Ma réponse est «oui». Les travailleurs autonomes font face à un préjudice appréciable: leurs REER peuvent être saisis, par opposition à ceux d'une personne qui reçoit une pension. La pension est protégée contre les saisies. Je crois que nous devrions nous donner des règles qui mettraient sur le même pied les REER privés et pensions privées des travailleurs autonomes et les pensions qui touchent les employés.

M. Mendelsohn: Je suis d'accord. On a proposé la récupération d'une partie des cotisations aux REER versées durant les trois années précédant la faillite. Je m'interroge sur le bien-fondé d'une telle proposition; je propose une approche différente: il devrait y avoir récupération dans la mesure où les cotisations au REER, quelle que soit la période visée, dépassent les cotisations associées au revenu gagné pour les années particulières dont il est question. Autrement dit, si quelqu'un en ajoute dans ses REER en versant des cotisations «dibérées» durant les années antérieures, il faut récupérer cet argent. Pour contre, de la même façon que les

years leading up to the bankruptcy are protected, I believe that there is no reason why RRSP contributions, subject to those limitations, should not be protected.

There is a proposal on the table to the effect that the protection given to RRSPs be given only if the bankrupt debtor transfers the RRSP into a locked-in vehicle. That is not a proper exercise for the insolvency legislation.

There is a policy issue as to whether RRSPs should have to be locked in because it is not an insolvency issue. However, if the insolvency policy issue is such that people should be allowed to make RRSP contributions and withdraw them, then if they declare bankruptcy under the premise that their contributions should be protected, I suggest that there would be no reason to deny them to do so after the bankruptcy what non-bankrupts would have the right to do, and that is to treat their RRSP contributions as they choose.

Mr. Baird: I do not agree with Mr. Mendelsohn on that issue. The policy making it exempt would be solely to give people protection in their old age. Forcing them to be locked achieves the policy objective of ensuring that the bankrupt has funds available for his or her old age.

Senator Kelleher: He may feel differently as he gets older, Mr. Baird.

Mr. Mendelsohn: I hope someone asks the question about labour contracts.

Senator Oliver: Sometime in the future I would like to have a discussion with Mr. Mendelsohn about his concept of the difference between creditors and shareholders involved in a restructuring. As I listened to the various points you made, I understood that the shareholder has a pretty lowly position, particularly when you start talking about the subordination of equity claims, et cetera. I pity the poor shareholder if you were in court against them because you seem to have too much priority for the creditors. However, I do not want to have that debate now but I would not mind having it in the near future.

Mr. Baird, I was most interested in your comments about multinational restructuring and the code. In your conclusions you said that you would recommend that the introduction of the model code be deferred until such time that the issues to which you referred be ironed out.

You gave us the excellent example of Philip Services, and it seems that a number of matters that you raised should be dealt with right away. For instance, you said that when an application was made under section 47(1) to have Ernst & Young appointed as interim receiver it was the first time that any of the assets under the shareholders and creditors of Canada had a say in it. You alluded to the fact that perhaps in the United States proceedings Ernst & Young was a monitor. I am not sure if some court appointed them or how they came to be in that position.

cotisations versées dans un régime de pensions pendant les quelques années conduisant à la faillite sont protégées, il n'y a pas de raison de ne pas protéger les cotisations à un REER, sous réserve des mêmes limites.

Quelqu'un a proposé d'accorder une protection au REER seulement si le débiteur insolvable transfère son argent dans un REER immobilisé. Or, il n'appartient pas à la Loi sur la faillite de prévoir cette éventualité.

Il faut savoir si, en principe, les REER doivent être immobilisés, car il ne s'agit pas d'une question de solvabilité. Toutefois, s'il est décrété que les gens devraient pouvoir verser des cotisations dans leur REER et les retirer, s'ils déposent leur bilan en affirmant que leurs cotisations devraient être protégées, je dirais qu'il n'y a aucune raison, après la faillite, de leur interdire de faire ce que ceux qui ne sont plus en faillite ont le droit de faire, c'est-à-dire de traiter leurs cotisations dans un REER comme bon leur semble.

M. Baird: Je ne suis pas d'accord avec M. Mendelsohn sur cette question. Du point de vue du principe — il s'agirait uniquement de protéger les gens dans leur vieil âge. Les contraindre à immobiliser leur REER permettrait d'atteindre l'objectif selon lequel il faut s'assurer que le failli aura accès à des fonds quand il sera vieux.

Le sénateur Kelleher: Il ne sera peut-être pas du même avis quand il sera plus vieux, monsieur Baird.

M. Mendelsohn: J'espère que quelqu'un va poser la question qu'il faut à propos des contrats de travail.

Le sénateur Oliver: À un moment donné, j'aimerais discuter avec M. Mendelsohn de la façon dont il voit la différence entre les créanciers et les actionnaires quand il est question d'une restructuration. En écoutant les divers arguments que vous avez fait valoir, j'ai conclu que l'actionnaire occupait une place assez basse dans l'échelle, particulièrement quand il est question de la subordination des réclamations relatives au capital-actions et ainsi de suite. Je plains le pauvre actionnaire qui se retrouve devant un tribunal contre vous: vous semblez trop privilégier les créanciers. Tout de même, ce n'est pas un débat que je veux lancer maintenant; par contre, à l'avenir, je trouverais cela bien qu'il ait lieu.

Monsieur Baird, vos observations sur la restructuration des multinationales et le code ont piqué mon intérêt. Dans vos conclusions, vous dites qu'il faudrait reporter le moment de l'adoption d'un code modèle tant et aussi longtemps que les questions que vous avez évoquées ne sont pas réglées.

Vous avez donné l'excellent exemple de Philip Services, et il semble qu'il serait bon de s'attaquer immédiatement à plusieurs des questions que vous avez signalées. Par exemple, vous avez affirmé qu'au moment où une demande a été présentée en application du paragraphe 47(1) pour que Ernst & Young soit nommé séquestre intérimaire, c'était la première fois que les actifs associés aux actionnaires et aux créanciers du Canada étaient pris en considération. Vous avez fait allusion au fait que, dans l'affaire américaine dont il est question, Ernst & Young avait peut-être qualité d'observateur. Je ne sais si un tribunal quelconque l'a nommé ni la façon dont il est arrivé à jouer ce rôle.

It seems to me that there should be an amendment to ensure that, before American courts decide upon the fate of assets and creditor's claims in Canada, we should have a Canadian presence.

If you agree with that conclusion, what amendments would you suggest to this policy-making committee?

Mr. Baird: I definitely would agree with that suggestion because it is important that Canadian creditors and other interested parties have input. I would impose significant delays on the Canadian court for dealing with the issue. This would force the proceedings to be commenced in Canada sooner. For example, we have a proceeding in which the court is authorizing a sale of assets at the first time of the application. I would impose a regime whereby the court could do nothing but stay proceedings on the first application; could not make any substantive orders; and would provide notice to all major creditors so that they would have an opportunity of a meeting in Canada to discuss the situation. The court would then be given the opportunity to hear the views of the Canadian creditors.

I also recommend that the Canadian courts impose a financial burden on the proceedings to support financing the Canadian creditors who want to get involved in the process. For example, the appointment of a creditor's committee and require funding of the creditors committee before any decisions are made by the Canadian courts.

If you impose these kinds of restrictions on the Canadian court before it is able to react or deal with the issues arising from the sale of assets in the United States, the Americans would be told that they would be required to come to Canada early if they wished to get their sale process through within their time frame. If they had come to Canada in June when the American proceedings were commenced, and if a creditors committee had been appointed in June, the Canadian creditors would have been given a reasonable opportunity to input into the process. That is all we are asking for. We want to input into the process by following the American practice of appointing a creditors committee at the expense of the estate so that the creditors in Canada will be on an even playing field. The American creditors are being financed through the estate, and I believe the Canadian creditors should be, as well.

Senator Oliver: I do not think our courts should merely be a rubberstamp of the Americans' determinations and decisions without notice to Canadian creditors.

Do you have an amendment that we could recommend to ensure that we do not have another Philip case occur?

Mr. Baird: I have the concept and I would be happy to submit it to and discuss it with your counsel.

Senator Moore: Mr. Delorme is it correct that your management advisory board does not initiate or participate in policy matters with respect to the Office of the Superintendent.

Mr. Delorme: In essence, yes, you are correct. We do not participate in policy matters.

Il me semble qu'il faudrait adopter des modifications pour s'assurer que, avant que les tribunaux américains ne décident du sort des actifs et des réclamations des créanciers au Canada, nous devrions assurer une présence canadienne.

Si vous êtes d'accord avec cette conclusion, quelles modifications proposeriez-vous au comité des orientations ici réuni?

M. Baird: Je suis tout à fait d'accord avec cette proposition, car il importe que les créanciers du Canada et d'autres parties intéressées aient leur mot à dire. J'imposerais au tribunal canadien un délai important pour le traitement de cette question. Cela obligerait les autorités canadiennes à entamer les procédures plus tôt. Par exemple, nous avons affaire à une procédure où le tribunal est autorisé à vendre les actifs au moment de la première demande. J'imposerais un régime où le tribunal n'aurait d'autre choix que suspendre la procédure au moment de la première demande; il ne pourrait rendre d'ordonnance sur le fond; et transmettrait un avis à tous les créanciers principaux pour que ceux-ci puissent se réunir au Canada pour discuter de la situation. Le tribunal aurait alors l'occasion d'entendre le point de vue des créanciers canadiens.

Je recommande aussi que les tribunaux canadiens exigent des frais en rapport avec les procédures, de façon à ce que puisse être appuyé le financement des créanciers canadiens qui souhaitent participer au processus. Par exemple, les tribunaux canadiens pourraient exiger la nomination d'un comité des créanciers et exiger qu'ils versent des fonds avant de rendre toute décision.

Si vous imposez ce genre de restrictions au tribunal canadien avant qu'il puisse réagir aux questions découlant de la vente d'actifs aux États-Unis, les Américains apprendraient qu'il faut se rendre au Canada rapidement s'ils souhaitent que la vente se fasse dans leur délai. S'ils étaient venus au Canada en juin, au moment où la procédure américaine était en cours, et si un comité des créanciers avait été nommé en juin, les créanciers canadiens auraient eu une occasion raisonnable de prendre part au processus. C'est tout ce que nous nous demandons. Nous voulons participer au processus en adoptant la pratique américaine qui consiste à nommer un comité des créanciers aux frais de l'actif, pour que les créanciers au Canada puissent être sur un pied d'égalité. L'actif en cause permet de financer les créanciers américains, et je crois qu'il faut faire de même pour les créanciers canadiens.

Le sénateur Oliver: À mon avis, nos tribunaux ne devraient pas être là seulement pour confirmer les décisions des Américains, sans que les créanciers canadiens soient avertis.

Proposez-vous une modification que nous pourrions recommander, qui permettrait de s'assurer qu'une autre histoire comme celle de Philip ne se produira pas?

M. Baird: J'ai le concept en tête, et je serais heureux de le présenter et d'en discuter avec votre avocat.

Le sénateur Moore: M. Delorme a raison quand il affirme que votre conseil consultatif de gestion ne traite pas des questions touchant des politiques du Bureau du surintendant.

M. Delorme: Essentiellement, oui, vous avez raison. Nous ne participons pas à l'étude de ces questions.

Senator Moore: Mr. Mendelsohn, in respect of the Eaton's case, you mentioned that through the sale of the tax losses the shareholders ended up with those proceeds. In that decision, was it 50 per cent plus one in the voting of the shareholders?

Mr. Mendelsohn: I suggest that it is not actually a voting issue. If there had not been an accepted plan, the tax losses would have been lost and no one would have been in receipt. The creditors were not giving up anything that they had, rather something was being saved and that was available only for the shareholders.

Senator Moore: How was a decision made? If I were a shareholder would I receive a kind of proxy form with respect to this issue?

Mr. Mendelsohn: Yes. There was a shareholder vote on the issue. I believe it was based on two-thirds.

Senator Moore: It was two-thirds and not 50 per cent plus one.

Mr. Mendelsohn: Yes, two-thirds is the correct amount.

Senator Moore: Would the proceeds from that deal would have gone to a separate shareholder's account and then distributed to the shareholders as a dividend?

Mr. Mendelsohn: The structure is somewhat complex. Essentially, the assets and liabilities of the existing Eaton's were parked in a separate company to be liquidated for the benefit of the creditors; the new shares of the company were transferred to the purchaser, who purchased the shares and then amalgamated its entity; and the old shareholders were given a note that represented the proceeds of the sale of shares that reflects a deemed value of the tax loss.

Senator Moore: Did they actually receive cash?

Mr. Mendelsohn: I do not think they have received it yet because there was a waiting period for tax-related reasons. Yes, they will receive cash.

Mr. Baird: We acted for Sears in this matter. The concept, of course, is that the purchaser will pay "X" dollars for the total value of the assets plus the tax loss. It is then an issue of how that tax value is allocated among the various stakeholders. Mr. Mendelsohn's point is that the value should be given to the creditors and not to the shareholders. Is that correct?

Mr. Mendelsohn: Yes. The general corporate flow is that secured creditors take precedence at the front of the line, ordinary creditors fall next in the middle of the line and shareholders are at the end of the line. Therefore, if there is a value deficiency, shareholders should not participate unless the creditors are fully covered.

Senator Moore: You mentioned that real-time litigation should be invoked. Can you expand, please? What do you mean by it and how can it be achieved?

Le sénateur Moore: Monsieur Mendelsohn, pour ce qui est de l'affaire d'Eaton, vous avez parlé de la vente à perte à des fins fiscales qui a fait que les actionnaires se sont retrouvés avec le produit de l'exercice. Relativement à cette décision, est-ce que le vote des actionnaires était soumis à la règle de la simple majorité?

M. Mendelsohn: Je dirai que ce n'est pas de la question du vote qui importe. S'il n'y avait pas eu de plan accepté, il n'y aurait pas eu de perte, et tout le monde se serait trouvé les mains vides. Les créanciers ne renonçaient pas à quoi que ce soit; plutôt, on savait quelque chose qui, de fait, pouvait uniquement être remis aux actionnaires.

Le sénateur Moore: Comment en est-on arrivé à une décision? Si j'étais actionnaire, est-ce que je recevrais une sorte de formulaire de procuration en rapport avec cette question?

M. Mendelsohn: Oui. Il y a eu un vote des actionnaires sur la question. Je crois que c'est la règle des deux tiers qui a été appliquée.

Le sénateur Moore: C'était la règle des deux tiers et non pas celle des 50 p. 100 plus une voix.

M. Mendelsohn: Oui, c'était les deux tiers.

Le sénateur Moore: Le produit de cette vente aurait-il été versé dans un compte d'actionnaires distinct, puis remis sous forme de dividendes aux actionnaires?

M. Mendelsohn: La structure est assez complexe. Essentiellement, l'actif et le passif de la société établie, Eaton, ont été mis dans une entreprise distincte en vue d'être liquidée au profit des créanciers; les nouvelles actions de la société ont été transférées à l'acheteur, qui a acheté les actions, puis fusionné son entité; et les anciens actionnaires ont reçu un billet représentant le produit de la vente des parts correspondant à la valeur réputée de la perte fiscale.

Le sénateur Moore: Est-ce qu'ils ont vraiment reçu des espèces?

M. Mendelsohn: Je crois qu'ils n'ont plus encore reçu de paiement, mais c'est parce qu'il y avait une période d'attente, pour des raisons fiscales. Oui, ils vont recevoir des espèces.

M. Baird: Nous avons représenté Sears dans cette affaire. L'idée, bien entendu, c'est que l'acheteur verse «x» dollars pour la valeur totale des actifs, plus la perte fiscale. Il s'agit alors de répartir parmi les divers intervenants la valeur fiscale ainsi établie. M. Mendelsohn fait valoir que cela devrait se faire au profit des créanciers et non pas des actionnaires. C'est bien cela?

M. Mendelsohn: Oui. Selon l'ordre général établi, les créanciers garantis sont les premiers dans la file, et les créanciers ordinaires sont les suivants, et les actionnaires sont les derniers. Par conséquent, en cas d'insuffisance, les actionnaires n'entrent pas en jeu à moins que le cas des créanciers soit parfaitement couvert.

Le sénateur Moore: Vous avez dit qu'il faudrait des procédures en temps réel. Pouvez-vous nous expliquer cela? Qu'entendez-vous par là et comment peut-on y arriver?

Mr. Mendelsohn: Mr. Justice Farley's court operates on a real-time basis. That is, the court has made a commitment to its constituents that it will deal with issues quickly and expeditiously and will make decisions at a time when the decisions are meaningful and have not been overtaken by events.

I can give you an example of a situation in counterpoint to that. It is the case of a reorganization of a public company in the Province of Quebec where there arose a dispute at the outset of the CCAA reorganization as to whether certain parties said to be related should have a right to vote so as to dilute a class of note holders. That was the issue. The merits do not matter, but this was a classification issue.

The courts of Quebec took approximately a year and one-half to two years to come to a conclusion on that narrow issue with weeks and weeks of irrelevant testimony on all sides of the debate. Had that situation manifested itself in Mr. Justice Farley's court, there would have been a decision on that point I would say within 10 days, but it may be shorter than that.

Again, the outcome is not what was important. It was important that the thing be decided and the process move on. That is real-time litigation.

Mr. Baird: I have had two instances before Mr. Justice Farley. One incidence concerned Cadillac Fairview. The hearing started at 5 p.m. on a Friday before Christmas and went to nine o'clock at night. He then made his decision.

Another time, he ordered a meeting of creditors to be held at eleven o'clock in the evening on a Friday night. He will hear matters early in the day and late in the day if it appears that they are very urgent.

Senator Moore: We are not locked into the usual periods of notice. He is dealing primarily with the interests of the creditors to get the thing done in an expeditious and timely way.

Mr. Mendelsohn: These situations tend not to be fact-based. That is, the facts tend to be not in dispute. It does not require all these examinations on discovery and cross-examinations.

Mr. Baird: One of the reasons for his success is that he will reject the cumbersome proceedings and try to zero in on the exact issue before the court; or he will force the courts to go outside and negotiate. Through that process he has been able to keep things moving very promptly. He achieved that in Air Canada situation as well.

Senator Moore: In your remarks, Mr. Mendelsohn, you talk about the hustle of the Ontario practitioners and judiciary and the people seem to be going to that jurisdiction to deal with these sorts of cases. You gave the example of a case that went on for over a year.

M. Mendelsohn: Le tribunal du juge Farley fonctionne en temps réel. C'est-à-dire que le tribunal s'est engagé envers ses commettants à traiter des questions dont il est saisi rapidement et promptement, et à prendre des décisions au moment où celles-ci ont un sens, avant d'être dépassées par les événements.

Je peux vous donner un exemple du contraire. Il s'agit de la réorganisation d'une société ouverte dans la province de Québec: un différend est survenu au début de la réorganisation associée à la LACC — il fallait savoir si certaines parties dites apparentées devraient avoir le droit de vote, de façon à affaiblir le vote d'une catégorie de détenteurs de billets. C'était l'enjeu. Les aspects particuliers de l'affaire n'importent pas; c'était une question de classification.

Les tribunaux du Québec ont pris environ un an et demi à deux ans pour tirer une conclusion à propos de cette question limitée, en entendant pendant semaine sur semaine des témoignages non pertinents de toutes les parties en cause. Si la situation s'était présentée au tribunal du juge Farley, il y aurait eu sur ce point une décision dans les dix jours, à mon avis, mais, c'aurait peut-être été moins long.

Encore une fois, ce n'est pas le résultat qui était important. Il importait que la chose se règle et que la procédure se poursuive. Voilà la procédure en temps réel.

M. Baird: J'ai connu deux causes devant le juge Farley. Une cause portait sur Cadillac-Fairview. L'audience a commencé à 17 heures, un vendredi, avant Noël et s'est poursuivie jusqu'à 21 heures. À ce moment-là, il a rendu sa décision.

Une autre fois, il a convoqué une réunion des créanciers pour 23 heures, un vendredi. Il instruit des causes tôt le matin et tard le soir s'il semble que l'affaire est très urgente.

Le sénateur Moore: Les périodes d'avis habituelles ne nous contraignent pas. Le juge traite surtout des intérêts des créanciers, pour régler la question avec promptitude.

M. Mendelsohn: Ces situations ont tendance à ne pas mettre en cause les faits. C'est-à-dire que les faits ne sont pas remis en question. Tous les interrogatoires préalables et contre-interrogatoires ne s'imposent pas alors.

M. Baird: Une des raisons du succès du juge, c'est qu'il rejettera les procédures fastidieuses et essaiera de se concentrer sur la question précise dont il est saisi; sinon, il forcera les tribunaux à s'en aller ailleurs et à négocier. Grâce à ce processus, il a pu faire en sorte que les choses avancent avec beaucoup de célérité. Il est aussi parvenu à faire cela dans le cas d'Air Canada.

Le sénateur Moore: Pendant votre exposé, monsieur Mendelsohn, vous avez parlé du bel empressement des praticiens et de l'appareil judiciaire de l'Ontario, et les gens semblent s'adresser à ces autorités pour faire régler ce genre d'affaires. Vous avez donné l'exemple de l'affaire qui a traîné pendant plus d'un an.

Are other courts emulating the type of sensitivity and the timeliness exhibited by Justice Farley, or is Ontario the only jurisdiction where this is happening, and, therefore, the cases are going there for processing?

Mr. Mendelsohn: I am able to comment best on the Quebec situation because I know it best. There is a consciousness in the Quebec judiciary that this problem exists. There is a stated willingness to attempt to redress the situation, but, so far, very small baby steps have been taken and unless there is a radical change it is unlikely that much will happen. The judges are not even given the opportunity to generate the expertise that they require because they are not getting the cases. There is a loop effect.

Senator Moore: They must see what is going on. Surely someone will be brave enough to step up and start to act as expeditiously as his colleague in Ontario.

Mr. Mendelsohn: On Monday I chaired a panel with Judge Farley on one side and Mr. Justice Chaput on the other side. Mr. Chaput is the head of the commercial division of the Quebec court. I can assure you that somebody stepped up and made the point in as dramatic a way as it could be made. Yes, the point has been made. Whether the point is taken, I do not know.

Mr. Baird: Having him work in Toronto is very welcome to a Toronto lawyer.

Senator Moore: Have you a comment in terms of the judiciary? There are more judges than Mr. Justice Farley?

Mr. Baird: He is not the only person who deals with matters promptly. We are fortunate that we can see judges as early as possible or late in the day if necessary. The Court of Appeal also deals with matters very quickly; we are able to expedite an appeal application when it is necessary to do so.

The recognition of the commercial reality that time is important is there in the commercial list, and adopting a commercial list in Toronto has helped the situation.

The Chairman: I am worried that we might fall into the trap of personalizing processes and relating too much within the context of an individual.

As a law student, I had a professor who was a disciple of Lord Denning. My professor believed that if the Lords approach was not taken then it was old-fashioned.

We have had academic evidence there is an acceptance of what might be a more efficient practice in the courts, but behind all this there is a bit of a dilemma.

Mr. Mendelsohn, we hear from counsel and those who are directly involved in the process that processes that move quickly, take advantage of flexibility and arrive at decisions are to be

Est-ce qu'il y a d'autres tribunaux qui essaient d'imiter la sensibilité et la promptitude dont fait preuve le juge Farley, sinon l'Ontario est-elle la seule instance où cela se fait; et, par conséquent, c'est à cause de cela que le traitement de ces affaires se fait là?

M. Mendelsohn: Je suis mieux placé pour parler de la situation du Québec, que je connais le mieux. Dans l'appareil judiciaire du Québec, on est conscient du fait que ce problème existe. On a exprimé la volonté de corriger la situation, mais, jusqu'à maintenant, ce sont de toutes petites mesures qui ont été prises, et à moins qu'il n'y ait un changement radical, il est peu probable que grand-chose se fasse. Les juges n'ont même pas eu l'occasion d'acquiescer l'expertise qu'il leur faut, car ils ne sont pas saisis de ces affaires. C'est une roue qui tourne.

Le sénateur Moore: Ils doivent bien voir ce qui se passe. Certes, quelqu'un aura le courage de se lever et de commencer à agir avec autant de promptitude que son collègue en Ontario.

M. Mendelsohn: Lundi, j'ai présidé les travaux d'un panel avec à mes côtés le juge Farley et le juge Chaput. M. Chaput est à la tête de la division commerciale de la cour du Québec. Je peux vous l'assurer: quelqu'un s'est levé et a fait valoir cette cause avec toute la vigueur possible. Oui, l'idée a été soulevée. A-t-elle été acceptée? Je ne le sais pas.

M. Baird: Le voir travailler à Toronto est très bien pour un avocat de Toronto.

Le sénateur Moore: Avez-vous une observation à formuler pour ce qui est de l'organe judiciaire? Il y a d'autres juges à part M. Farley?

M. Baird: Il n'est pas le seul à traiter les affaires avec promptitude. Nous sommes chanceux de constater que nous pouvons voir les juges très tôt ou très tard, au besoin. La cour d'appel traite également très rapidement des affaires qui lui sont confiées; nous sommes en mesure d'accélérer une demande d'appel quand il est nécessaire de le faire.

La reconnaissance de la réalité commerciale selon laquelle le temps importe est présente dans le cadre du rôle commercial, et l'adoption d'un tel rôle à Toronto a été utile.

Le président: Je crains que nous tombions dans le piège que pose la personnalisation des procédés et que nous en ramenions trop au contexte d'un individu.

À l'époque où j'étudiais le droit, j'avais un professeur, disciple de lord Denning. Mon professeur croyait que si ce n'était pas l'approche de Denning qui était adoptée, alors c'était vieux jeu.

Les études nous permettent de croire que les gens acceptent une pratique qui est peut-être plus efficace devant les tribunaux, mais tout cela évoque une sorte de dilemme.

Monsieur Mendelsohn, nous avons entendu les avocats et ceux qui ont une part directe au procédé nous dire qu'il faut applaudir aux procédés qui se déroulent plus rapidement, qui mettent à

applauded. The interests of the parties are well served. The general thrust is that it is possible to move things forward expeditiously. That generally favours everybody involved.

However, Mr. Mendelsohn, you have suggested that there is an issue of predictability. My concern is that if we become very oriented toward the way a particular court operates, implicitly, it seems to speak to the benefit of greater and greater flexibility. Yet, at the same time, I hear your stress on the importance of predictability, which takes me to the issue of measuring outcomes. Can you tell me which is the better way of doing it?

If the predictability of outcome is that the enterprise is ongoing, if that is the measure of effectiveness of outcome, do we save a business and keep it going? Is that what we should be testing to see whether or not the system is working well, or are the creditors coming up closer and closer to whole?

I do not want to lose sight of the principles; we can get very involved in the details and processes, but I am interested in predictability and its importance. I am interested in the broad economic Canadian interest.

Is helping make Canada work more efficiently as an economic system part of our basic economic framework? Does Chapter 11 work better or does this work better? What is the way of measuring whether or not the system is working better? What is the balance of interest between the ongoing business and the creditor? Can we find, within our existing legislation, a little more to bring predictability to all this without sacrificing the efficiency that comes with a flexible system?

Mr. Mendelsohn: I would like to draw a distinction between substance and procedure. Insofar as procedure is concerned, I think that it makes very good sense to have very expeditious and flexible procedures for the reasons that have been discussed. Indeed, these matters should be conducted in real-time so that the decisions achieve something.

I suggest that if the substance of our law is somewhat more regulated it would help to create predictability, and would not take away the ability of the courts to deal quickly, expeditiously and practically.

DIP financing. One might ask the philosophical question: Is it correct to have a concept that a secured creditor's position should not be deteriorated by the existence of DIP financing sliding in front of it?

Is it the policy of our law that one should not prejudice the secured position of a secured creditor, or is there a greater good that you have to balance prejudices so as to keep the company alive? I suggest that it is not a valid exercise to prejudice a secured creditor's position by DIP financing to keep a company alive.

profit la souplesse inhérente à la formule et qui débouchent sur des décisions. Les intérêts des parties sont bien servis. L'idée générale, c'est qu'il est possible de faire avancer les choses en temps utile. De façon générale, cela favorise toutes les parties en cause.

Par contre, monsieur Mendelsohn, vous avez évoqué la question de la prévisibilité. Je crois que si nous décidons de nous concentrer beaucoup sur la manière dont un tribunal particulier fonctionne, cela est sous-entendu, il me semble que c'est l'avantage d'une souplesse toujours plus grande qui en ressort. En même temps, je vous entends insister sur l'importance de la prévisibilité, ce qui m'amène à penser à la question de la mesure des résultats. Pouvez-vous me dire laquelle est la meilleure façon de procéder?

Si par prévisibilité du résultat il faut entendre que l'entreprise poursuit ses activités, si c'est là la mesure de l'efficacité du résultat, est-ce que nous sauvons l'entreprise et faisons en sorte qu'elle se maintienne? Est-ce le critère qu'il faut appliquer pour savoir si le système fonctionne bien, ou les créanciers se trouvent-ils être de plus en plus près de toute cette histoire?

Je ne veux pas perdre de vue les principes en jeu; nous pouvons nous intéresser beaucoup aux procédés et aux détails, mais ce qui m'intéresse, c'est la prévisibilité et son importance. Ce qui m'intéresse, c'est l'intérêt économique du Canada dans son ensemble.

Le fait d'aider le Canada à devenir plus efficace en tant que système économique fait-il partie de notre cadre économique de base? Le chapitre 11 fonctionne-t-il mieux, ou est-ce ceci qui fonctionne mieux? Quelle mesure adopte-t-on pour déterminer si le système fonctionne mieux? Comment concilier les intérêts — ceux de l'entreprise qui se maintient et ceux du créancier? Pouvons-nous trouver, dans les limites des lois existantes, un peu plus de prévisibilité, au profit de tout cela, sans sacrifier l'efficacité qui caractérise un système souple?

M. Mendelsohn: J'aimerais faire une distinction entre la substance et la procédure. Pour ce qui est de la procédure, à mon avis, il est très bon d'avoir une formule prompte et souple, pour les raisons que nous avons évoquées. D'ailleurs, les questions devraient se dérouler en temps réel, pour que les décisions soient fructueuses.

À mon avis, si la substance de notre droit était un peu plus réglementée, cela aiderait à rendre les choses plus prévisibles, sans enlever aux tribunaux la possibilité de traiter les affaires avec rapidité, promptitude et commodité.

Le financement offert aux débiteurs qui demandent la protection de la loi. On peut poser la question philosophique: convient-il d'avoir un concept selon lequel un tel financement ne doit pas servir à nuire à la situation du créancier garanti?

Est-ce que notre droit a pour principe de ne pas porter atteinte à la situation privilégiée d'un créancier garanti, ou encore l'intérêt général est-il mieux servi par l'idée de concilier les préjudices de manière à ce que l'entreprise survive? J'affirme qu'il n'est pas valable de nuire à la situation d'un créancier garanti au moyen d'un tel financement, pour qu'une entreprise survive.

To answer your question as to how you measure what is good, I am not sure. However, I do not think that the goal of wanting enterprises to live should be overemphasized. There certainly should be that goal, however, it should not be overemphasized because there is a life-and-death cycle in commercial life, as in human life. Sometimes companies and enterprises have to die. Indeed, many of the CCAA cases have given rise to temporary life and the companies have died anyway.

Today, we seem to be talking about Eaton's. Eaton's went through two CCAAs; the first one was a real reorganization and the second one was liquidation in disguise, even though it was done through the liquidation process.

There was Dylex, another well-known Canadian chain of retail stores that had a CCAA, lived for two years after reorganization and died.

Certainly, the fact that the company lives is not always the best measure, although it appears to be at the time.

Senator Massicotte: Is it appropriate that a creditor be short-changed for the benefit of the future quality of life of that individual? All kinds of people argue to have exempt assets. If you accept the exempt assets, you obviously diminish the right of collection by the creditor. Effectively, it is the creditor subsidizing those government policies or preferences and so on. Is that morally appropriate? Basically, a creditor lent you some money, it is his; and you are saying, I will only pay you back if I have excess assets.

Mr. Mendelsohn: If an individual works for a large corporation that has a pension plan, the pension plan is built up and the asset is protected from bankruptcy. If the same individual does not work for a large corporation but is, for example, a self-employed professional, and benefits from the RRSP system why should the result be different? I do not believe there is a moral difference between those two circumstances.

Senator Massicotte: I understand that argument well, and it is convincing; but I guess I was trying to get back to zero. Perhaps the pension should not be protected; and the whole reason this whole RRSP within life becomes protected is for the sake of life insurance for the deceased. All kinds of people argue they should have exempt assets. Should they be exempt? Obviously, you are taking creditor money to subsidize some government policy or someone's lifestyle.

Mr. Baird: I guess there are different categories of creditors. One of the arguments, and this is in support of exemption, is the creditors are very sophisticated. They are aware of what they are doing, and of the risks they are taking. Therefore, if they are lending money to a person who has an exempt pension, or to an

Vous avez demandé quelle mesure il faut adopter pour savoir ce qui est bon. Je n'en suis pas sûr. Tout de même, je suis d'avis qu'il ne faut pas trop insister sur l'idée de sauver des entreprises. C'est un objectif qui devrait certes exister; par contre, il ne faut pas trop insister là-dessus, car il y a un cycle de vie commerciale comme il y a un cycle de vie humaine. Parfois, les compagnies et les entreprises doivent mourir. De fait, dans nombre des affaires ayant fait intervenir la LACC, il n'y a eu que prolongement temporaire de la vie, et l'entreprise est morte de toute façon.

Aujourd'hui, il semble que nous parlions d'Eaton. La LACC s'est appliquée deux fois à Eaton; la première fois, c'était une véritable réorganisation; la deuxième, c'était une liquidation déguisée, même si la voie empruntée était celle de la liquidation.

Il y a eu l'affaire de *Dylex*, autre chaîne de magasins de vente au détail bien connue au Canada, où la LACC s'est appliquée, l'entreprise a survécu pendant deux ans, à la suite de la réorganisation, puis s'est éteinte.

Certes, le fait qu'une entreprise survive n'est pas toujours la meilleure mesure des choses, même si ce semble être le cas à ce moment-là.

Le sénateur Massicotte: Est-ce qu'il convient qu'un créancier n'obtienne pas tout son dû pour que l'individu dont il est question ait une qualité de vie qui soit meilleure à l'avenir? Toutes sortes de gens avancent des arguments en faveur des actifs exemptés. Si vous acceptez d'exempter des actifs, évidemment, vous diminuez le droit de perception du créancier. C'est justement le créancier qui subventionne les politiques ou préférences gouvernementales en question et ainsi de suite. Est-ce convenable sur le plan moral? Essentiellement, un créancier vous a prêté une somme d'argent, l'argent lui appartient; et vous êtes en train de dire: je vais seulement rembourser si j'ai des actifs excédentaires.

M. Mendelsohn: Si une personne travaille pour une grande société qui applique un régime de pensions, le régime s'édifie, et l'actif est protégé contre l'éventualité d'une faillite. Si la même personne ne travaille pas pour une grande société, mais plutôt, par exemple, pour son compte à elle et verse de l'argent dans un REER, pourquoi le résultat ne serait-il pas le même? Je ne crois pas qu'il y ait de distinction morale à faire entre ces deux situations.

Le sénateur Massicotte: Je comprends bien ce raisonnement, et c'est un raisonnement convaincant; j'imagine que j'essayais de revenir au point zéro. Peut-être que la pension ne devrait pas être protégée; et si tous les REER sont protégés, en fin de compte, c'est seulement pour la question de l'assurance-vie, quand la personne est morte. Toutes sortes de gens font valoir qu'ils devraient bénéficier d'actifs exemptés. Faut-il prévoir de telles exemptions? Évidemment, vous prenez l'argent des créanciers pour subventionner une politique gouvernementale ou le style de vie d'une personne en particulier.

M. Baird: J'imagine qu'il existe différentes catégories de créanciers. Un des arguments invoqués, et cela milite en faveur de l'exemption, c'est que les créanciers connaissent très bien leur affaire. Ils savent ce qu'ils font, ils connaissent les risques qu'ils courent. Par conséquent, s'ils prêtent de l'argent à une personne

exempt RRSP, they are taking a business risk. Therefore, it is not unfair, when they know what they are doing, to permit that. The problem arises, of course, when you have other creditors who are not as sophisticated. To what extent should they bear this risk? It is really a very difficult social policy decision.

Senator Massicotte: My second question relates to the same thing on a corporate side.

We have heard submissions, in particular on the CCAA, from people who are not so advised. In other words, individuals put deposits with certain companies — it could be theatre tickets, it could be deposits for a dress or whatever, employees who are not adequately informed of the financial position of the company, like unpaid wages, all kinds of arguments to say these credit liabilities should be in priority to even the unsecured creditors because of the fact they are less informed than others. Again, you get the issue of fairness. Is it appropriate? Is it accurate? How do you measure that? Do you have any comments in that respect?

Mr. Mendelsohn: A starting point in any insolvency system is that it cannot really be fair because by definition, you are dealing with a situation where you have a pie that is not big enough to feed all the hungry people. That is where insolvency begins. It is a question of balancing the pain, and there is no category of creditor that loses out for whom the system is totally fair. It is a question of balance.

If someone suggested that a layaway plan or a deposit would be preferred, I suspect that we would come up with so many examples of claims that are more meritorious than other claims that we would end with an unworkable system.

Mr. Baird: That problem arises very specifically with respect to 30-day goods and the right of a supplier to recover those goods if they have been delivered within 30 days. The effect of such a provision clearly prefers that supplier over the one who delivered the goods 32 days before the bankruptcy. That is a specific provision that was put in the act in 1992 and placed specific assets available for unpaid vendors ahead of the ordinary creditors. I do not believe that is a fair allocation of the assets. Nevertheless, from a political point of view, that decision was made. You have raised an important issue of How to balance the rights of the various parties.

Another problem with the 30-day good provision is that it clearly hampers reorganization. If it were strengthened, it would give the unpaid supplier the right to block reorganization unless the goods were paid in full.

Senator Massicotte: There is also the matter of unpaid wages. People are saying that directors and officers may be responsible for unpaid wages, et cetera. Would you give those wages priority? It is always a question of balance.

qui a une pension exemptée ou un REER exempté, c'est un risque commercial qu'ils prennent. De ce fait, il n'est pas injuste, quand ils savent ce qu'ils font, de permettre cela. Les difficultés surviennent, bien entendu, là où les créanciers ne sont pas si bien renseignés. Dans quelle mesure devraient-ils porter le fardeau de ce risque? C'est une décision qui est vraiment difficile du point de vue de la politique sociale.

Le sénateur Massicotte: Ma deuxième question porte sur la même chose, mais du côté des sociétés.

Nous avons entendu les témoignages de gens qui ne sont pas si bien avisés, particulièrement en ce qui concerne la LACC. Autrement dit, les gens font un dépôt auprès de certaines entreprises — il peut s'agir de billets de théâtre, de dépôts pour une robe ou je ne sais quoi encore, les employés ne sont pas renseignés correctement sur la situation financière de l'entreprise, par exemple en ce qui concerne les salaires non payés; on peut invoquer toutes sortes d'arguments pour dire que ces créanciers-là devraient avoir préséance, même sur les créanciers non garantis, en raison du fait qu'ils sont moins bien renseignés que les autres. Encore une fois, il y a la question de l'équité qui entre en jeu. Est-ce convenable? Est-ce exact? Comment mesurer cela? Qu'en pensez-vous?

M. Mendelsohn: Au départ, tout système d'insolvabilité ne peut être équitable, de par sa définition même, car il est question d'une situation où il faut diviser une tarte qui n'est pas suffisamment grande pour nourrir tous ceux qui ont faim. C'est le point de départ de l'insolvabilité. Encore une fois, il s'agit de répartir la douleur, et il n'y a pas un type de créanciers qui perd et pour qui le système est tout à fait équitable. C'est une question d'équilibre.

Si quelqu'un proposait une mise de côté ou un dépôt, je soupçonne que nous ferions valoir tant d'exemples de réclamations plus méritoires, au point où, en dernière analyse, nous aurions un système qui ne fonctionne pas.

M. Baird: Cette question survient de façon très particulière dans le cas de la période de 30 jours appliquée aux marchandises et du droit qu'a le fournisseur de récupérer les biens en question s'ils ont été livrés dans les 30 jours. La disposition en question favorise clairement ce fournisseur-là, plutôt que celui qui a livré les biens 32 jours avant la faillite. En 1992, le législateur a inclus une disposition pour faire passer avant les créanciers ordinaires les fournisseurs attendant d'être payés. Je ne crois pas qu'il s'agisse là d'une répartition équitable des actifs. Néanmoins, d'un point de vue politique, on a pris cette décision. Vous avez soulevé une question importante: comment concilier les droits des diverses parties en cause?

Autre difficulté associée à la disposition des 30 jours: elle nuit, cela ne fait pas de doute, à la réorganisation. Si elle était renforcée, le fournisseur en question aurait le droit de bloquer la réorganisation tant que la somme qui lui est due n'a pas été payée intégralement.

Le sénateur Massicotte: Il y a aussi la question des salaires impayés. Les gens affirment que les administrateurs et dirigeants seraient peut-être responsables des salaires impayés, et cetera. Est-ce que vous accorderiez la priorité à ces salaires? C'est toujours une question d'équilibre.

Let us talk about CCAA. Occasionally the courts have taken the liberty of terminating or amending contracts. Certainly, they have the right to terminate leases under the act. Mr. Baird has said that contractual agreements should continue. From a philosophical sense, should the courts have the right to terminate other contracts or amend the terms of a labour contract? The same academic or intellectual argument applies to all contracts, including intellectual property.

Mr. Mendelsohn: I was hoping someone would ask a question about labour contracts and here it is. The first time I had occasion to deal with this question was when the proposed new bankruptcy act was tabled around 1980. There was a general system of renunciation of contracts that was broad enough to cover labour contracts, whether that was intended or not.

One of the realities of economic life, I believe, is the following: A pool of assets has only the value that it has. In the case of the liquidation of the assets of an insolvent enterprise, the more strings you attach to those assets, the less chance those assets have of being used productively. Currently, our insolvency legislation does not allow for the renunciation of labour contracts. I should say that we do not know whether it allows for the renunciation of labour contracts because it is an unclear issue. It arose in the Air Canada case and it was never resolved because, mercifully, it never had to be resolved.

If a bankruptcy trustee seeks to sell a pool of assets as a going concern, and if there is a labour contract that is too rich for the assets, and if the law is such that the purchaser of those assets must respect that labour contract, then the result is that no one will buy the assets. There have been many circumstances in which businesses that could have been transferred as a going concern were not transferred because no one would buy them and take on onerous labour contract liabilities and the assets got sold piecemeal, factories were dismantled and, in effect, the enterprise value was totally lost.

It is my belief that the reality of life gives rise to a conclusion that labour contracts should be among the category of contracts that should be dealt with both in a reorganization and in a bankruptcy. I understand that is very dangerous politically territory. However, philosophically, it is my belief that it is appropriate.

Senator Massicotte: You said, "be dealt with." Do you mean they should be terminated or amended?

Mr. Mendelsohn: So far, there are no provisions that can impose amendments unless it is simply to amend the amount of accrued debt that is owed. It has to be done through negotiations. I am talking about the possibility of termination if negotiation cannot give rise to amendment.

Parlons de la LACC. À l'occasion, les tribunaux ont pris la liberté d'annuler ou de modifier des contrats. Certes, la Loi leur donne le droit d'annuler des baux. M. Baird a affirmé que les ententes contractuelles devraient se poursuivre. D'un point de vue philosophique, il faut se demander si les tribunaux devraient avoir le droit d'annuler d'autres contrats ou de modifier les conditions d'un contrat de travail? Le même débat savant ou intellectuel s'applique à l'ensemble des contrats, notamment en ce qui concerne la propriété intellectuelle.

M. Mendelsohn: J'espérais que quelqu'un allait poser une question à propos des contrats de travail; la voici. La première fois que j'ai eu à traiter de cette question, c'est à l'époque où le nouveau projet de loi sur la faillite a été déposé autour de 1980. Il y avait un système général de répudiation des contrats qui était suffisamment large pour englober les contrats de travail, que cela ait été l'intention ou non.

Il y a une réalité économique dont il faut tenir compte, à mon avis: une série d'actifs a seulement la valeur qu'elle a. En cas de liquidation de l'actif d'une entreprise insolvable, plus vous fixez de conditions à cet égard, moins il est probable que les éléments d'actif soient utilisés de façon productive. À l'heure actuelle, nos dispositions législatives en matière d'insolvabilité n'autorisent pas la répudiation des contrats de travail. Je devrais dire que nous ne savons pas si elle autorise la répudiation des contrats de travail, car c'est confus. La question a surgi dans l'affaire d'Air Canada et n'a jamais été réglée, car, c'est une chance, elle n'a jamais eu à être réglée.

Si le syndic de faillite cherche à vendre un ensemble d'actifs en tant qu'entreprise en exploitation et qu'il existe un contrat de travail qui est trop riche par rapport aux éléments d'actif, et si le droit est tel que l'acheteur doit respecter le contrat de travail en question, alors personne n'achètera l'ensemble d'actifs. Il y a souvent eu des situations où des entreprises auraient pu être transférées et poursuivre leurs activités, mais personne n'a voulu les acheter et assumer les lourdes obligations liées au contrat de travail, de sorte que les éléments d'actif ont été vendus par fragments, les usines ont été démantelées et, de fait, la valeur de l'entreprise s'est envolée tout à fait en fumée.

À mon avis, selon le principe de réalité, il faut conclure que les contrats de travail devraient figurer parmi les catégories de contrats visés par une réorganisation et une faillite. Je sais que je m'engage là sur un terrain politique très dangereux. Tout de même, du point de vue philosophique, je suis d'avis que cela est approprié.

Le sénateur Massicotte: Vous avez dit que les contrats en question seraient «visés par [...]». Est-ce que vous voulez dire qu'ils seraient résiliés ou modifiés?

M. Mendelsohn: Jusqu'à maintenant, aucune disposition n'a permis d'imposer des modifications, à moins qu'il s'agisse simplement de modifier le montant de la dette accumulée. Cela doit passer par des négociations. Je parle de la possibilité d'annuler un contrat si la négociation ne donne pas lieu à une modification.

Senator Massicotte: I presume that if you went that far and if the judge has the right to terminate labour contracts, you would have a right to terminate other contracts, including intellectual property, et cetera?

Mr. Mendelsohn: We will consider a proper case with proper judicial supervision, such as Mr. Baird's scenario of licence rights where the bankrupt was the licensor and where the contract did not need to be fed by service. In such a contract, even in the case of a reorganization, if a renunciation is to be done because there is a belief that a higher price could be commanded, then the repudiation right is being used as a sword and it should not be allowed.

If there is a contract that, through circumstances, is overly onerous on the reorganizing debtor, then it should be renounced because then the renunciation right is being used as a shield and not as a sword. There has to be some kind of objective analysis of whether circumstances have made the continuation of this contract an unviable thing. If not, it should not be able to be renounced for the purpose of negotiating a better price.

Mr. Baird: To have that adjudication and issue discussed in court would delay reorganization and even presenting that is an issue going forward gives the court a significant problem because the courts are not perfect and it involves delay. We have to trade-off delay versus fairness.

With respect to union agreements, a small step forward, not the perfect step but a step that may be reasonable, would be to give a trustee in bankruptcy or a receiver the right to present a new union contract to the local union for voting. On many occasions, the union representatives conduct the negotiations and the union members are given an opportunity to vote. I recommend that the trustee in bankruptcy and/or the receiver be entitled to present to the employees a new, revised contract and give them the right to vote on it privately. I have been concerned that employees are not given, in some cases, the opportunity to vote. The unions represent not only one local but also many other locals, and they do not want to have a precedent that would hurt them in other situations.

Senator Massicotte: Do you agree with Mr. Mendelsohn's comment that if it were not profitable under CCAA, they would have a right to cancel the contracts, including intellectual property?

Mr. Baird: Adjudication causes too many problems. Therefore, I would not support Mr. Mendelsohn's comments because the complexity of the adjudication takes away from the ability to reorganize in a prompt and efficient manner.

The Chairman: I thank you, gentlemen, on behalf of the committee for your participation.

The committee adjourned.

Le sénateur Massicotte: Je présume que si vous vous rendez là et que le juge a le droit d'annuler un contrat de travail, vous auriez le droit d'annuler d'autres contrats, notamment en matière de propriété intellectuelle?

M. Mendelsohn: Nous envisagerons une affaire pertinente sous la surveillance judiciaire qui s'impose, par exemple le cas évoqué par M. Baird, où il est question de droits de licence et où le failli était le concédant et où la notion de service n'entre pas en ligne de compte au chapitre du contrat. Dans un tel contrat, même en cas de réorganisation, s'il faut qu'il y ait répudiation parce qu'on croit qu'un prix plus élevé pourrait être obtenu, alors le droit de répudiation est employé comme menace, ce qui ne devrait pas être autorisé.

S'il y a un contrat qui, du fait de la situation, est trop lourd pour le débiteur en phase de réorganisation, alors il faut le répudier, car le droit de répudiation sert alors de bouclier et non pas d'épée. Il faut qu'il y ait une quelconque analyse objective des facteurs faisant que la continuation du contrat n'est pas viable. Par contre, il faut qu'il soit interdit de répudier le contrat afin d'obtenir un meilleur prix.

M. Baird: Que cette décision et cette question soient débattues devant un tribunal retarderait la réorganisation, et le seul fait d'en faire une question met le tribunal dans une situation difficile, car les tribunaux ne sont pas parfaits et que cela suppose un certain temps. Il faut concilier la question de la célérité et la question de l'équité.

Pour ce qui est des conventions collectives, ce serait une sorte de progrès modeste — cela n'a rien de parfait, mais ce serait une mesure raisonnable — que d'accorder au syndic de faillite ou à un séquestre le droit de présenter à la section locale du syndicat, en vue d'un vote, un nouveau contrat de travail. Souvent, les délégués syndicaux dirigent les négociations, et les syndiqués ont le droit de vote ensuite. Je recommande que le syndic de faillite et (ou) le séquestre aient le droit de présenter aux employés un contrat révisé et de leur donner le droit de voter à ce sujet, en privé. Je crains qu'il arrive dans certains cas que les employés n'aient pas l'occasion de voter. Les syndicats représentent non seulement la section locale, mais aussi de nombreuses sections locales ailleurs, et ils ne souhaitent pas créer un précédent qui leur nuirait dans d'autres situations.

Le sénateur Massicotte: Êtes-vous d'accord avec M. Mendelsohn pour dire que si ce n'était pas profitable en application de la LACC, ils auraient le droit d'annuler des contrats, notamment en matière de propriété intellectuelle?

M. Baird: Le processus d'adjudication cause un trop grand nombre de difficultés. Je ne suis donc pas d'accord avec M. Mendelsohn: la complexité du processus d'adjudication nuit à la capacité de se réorganiser de manière prompt et efficace.

Le président: Je vous remercie, messieurs, au nom du comité, d'avoir participé aux travaux.

La séance est levée.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada – Publishing
Ottawa, Ontario K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Communication Canada – Édition
Ottawa (Ontario) K1A 0S9

WITNESSES

September 24, 2003

From the Intellectual Property Institute of Canada:

John Baker, Immediate Past President;
Warren Sprigings, Chairman of the Licensing Committee;
Rodney Kyle, Member of the Licensing Committee;
Michel Gérin, General Director.

From the Personal Insolvency Task Force:

Saul Schwartz, School of Public Policy and Administration,
Carleton University;
Dave Stewart, Special Project Leader, Office of the Superintendent
of Bankruptcies;
Guylaine Houle, Litwin Boyadjian Inc.

September 25, 2003

As a panel:

David E. Baird, Q.C., Counsel, Torys LLP;
Max Mendelsohn, Chairman of the Firm and Head of the
Reorganizations & Insolvency Group of Mendelsohn, G.P.;
Jean-Claude Delorme, Chairman of the Management Advisory
Board of the Office of the Superintendent of Bankruptcies.

TÉMOINS

Le 24 septembre 2003

De l'Institut de propriété intellectuelle du Canada:

John Baker, président sortant;
Warren Sprigings, président du Comité des licences;
Rodney Kyle, membre du Comité des licences;
Michel Gérin, directeur général.

Du Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle:

Saul Schwartz, School of Public Policy and Administration,
Université de Carleton;
Dave Stewart, chef des projets spéciaux, Bureau du surintendant des
faillites;
Guylaine Houle, Litwin Boyadjian Inc.

Le 25 septembre 2003

En table ronde:

David E. Baird, r.c., avocat, Torys LLP;
Max Mendelsohn, président du cabinet et chef du groupe des
réorganisations et de l'insolvabilité de Mendelsohn, s.e.n.c.;
Jean-Claude Delorme, président du Conseil consultatif de gestion
du Bureau du surintendant des faillites.