



Second Session  
Thirty-seventh Parliament, 2002-03

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

## SENATE OF CANADA

---

*Proceedings of the Standing  
Senate Committee on*

# Banking, Trade and Commerce

*Chair:*  
The Honourable E. LEO KOLBER

---

Thursday, May 29, 2003

---

**Issue No. 22**

**Sixth meeting on:**  
The examination on the administration and  
operation of the Bankruptcy and Insolvency Act  
and the Companies' Creditors Arrangement Act

---

**WITNESSES:**  
(See back cover)

## SÉNAT DU CANADA

---

*Délibérations du Comité  
sénatorial permanent des*

# Banques et du commerce

*Président:*  
L'honorable E. LEO KOLBER

---

Le jeudi 29 mai 2003

---

**Fascicule n° 22**

**Sixième réunion 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

---

**TÉMOINS:**  
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON  
BANKING, TRADE AND COMMERCE

The Honourable E. Leo Kolber, *Chair*

The Honourable David Tkachuk, *Deputy Chair*  
and

The Honourable Senators:

Angus  
Biron  
\* Carstairs, P.C.  
(or Robichaud, P.C.)  
Fitzpatrick  
Hervieux-Payette, P.C.  
Kelleher, P.C.

\**Ex Officio Members*

(Quorum 4)

Kroft  
\* Lynch-Staunton  
(or Kinsella)  
Moore  
Oliver  
Prud'homme, P.C.  
Setlakwe

*Change in membership of the committee:*

Pursuant to rule 85(4), membership of the committee was amended as follows:

The name of the Honourable Senator Fitzpatrick substituted for that of the Honourable Senator Baker (*May 29, 2003*).

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES  
BANQUES ET DU COMMERCE

*Président:* L'honorable E. Leo Kolber

*Vice-président:* L'honorable David Tkachuk  
et

Les honorables sénateurs:

Angus  
Biron  
\* Carstairs, c.p.  
(ou Robichaud, c.p.)  
Fitzpatrick  
Hervieux-Payette, c.p.  
Kelleher, c.p.

\**Membres d'office*

(Quorum)

*Modification de la composition du comité:*

Conformément à l'article 85(4) du Règlement, la liste des membres du comité est modifiée, ainsi qu'il suit:

Le nom de l'honorable sénateur Fitzpatrick substitué à celui de l'honorable sénateur Baker (*le 29 mai 2003*).

**MINUTES OF PROCEEDINGS**

OTTAWA, Thursday, May 29, 2003  
(34)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce met this day at 11:10 a.m., in room 505, Victoria Building, the Chair, the Honourable Senator Kolber, presiding.

*Members of the committee present:* The Honourable Senators Angus, Biron, Kelleher, P.C., Kolber, Kroft, Meighen, Moore and Setlakwe (8).

*In attendance:* From the Parliamentary Research Branch, Library of Parliament: Mr. Marc-André Pigeon, Researcher, Economic Division.

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

**WITNESSES:**

Professor Jacob Ziegel, University of Toronto;

Professor Thomas Telfer, University of Western Ontario.

Professor Ziegel and Professor Telfer made statements and answered questions.

At 12:35 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

**ATTEST:**

*Le greffier du comité,*

Denis Robert

*Clerk of the Committee*

**PROCÈS-VERBAL**

OTTAWA, le jeudi 29 mai 2003  
(34)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui à 11 h 10 dans la pièce 505 de l'édifice Victoria, sous la présidence de l'honorable sénateur Kolber (*président*).

*Membres du comité présents:* Les honorables sénateurs Angus, Biron, Kelleher, c.p., Kolber, Kroft, Meighen, Moore et Setlakwe (8).

*Est présent:* De la Direction de la recherche de la Bibliothèque du Parlement, M. Marc-André Pigeon, attaché de recherche, Division de l'économie.

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

**TÉMOINS:**

M. Jacob Ziegel, professeur, Université de Toronto;

M. Thomas Telfer, professeur, Université Western Ontario.

MM. Ziegel et Telfer font des déclarations et répondent aux questions.

À 12 h 35, le comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

**ATTESTÉ:**

**EVIDENCE**

OTTAWA, Thursday, May 29, 2003

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce met this day at 11:10 a.m. to examine the administration and operation of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act.

**Senator E. Leo Kolber (Chairman)** in the Chair.

[*English*]

**The Chairman:** We have two witnesses: Professor Jacob Ziegel from the University of Toronto, and Professor Thomas Telfer from the University of Western Ontario.

Welcome, gentlemen.

**Professor Jacob Ziegel, University of Toronto:** Mr. Chairman, and honourable senators, I appreciate the opportunity to appear before you today to speak to the written submissions made Professor Telfer, myself, and five other of our legal academic colleagues from various law schools across Canada.

It is our hope that our submissions may assist the committee in making its deliberations. We are a group of legal observers who will neither gain nor lose any material advantage by advancing a particular position on this matter.

Our written submissions are divided into three major sections: Part 1 involves some general considerations affecting insolvency reform; part 2 addresses commercial insolvency issues; and part 3 focuses on consumer insolvency questions.

Given the time constraints, I will focus on important themes under each of these headings. Professor Telfer will address issues not covered in my remarks and add further prospective to topics to which I refer.

Our first and overriding concern is that the federal government has not presented the Senate committee with specific proposals, much less a specific set of draft amendments for the third round of amendments to the BIA and the CCAA. It has been 33 years since the Tassé committee published its recommendations for a complete overhaul of Canada's insolvency legislation, yet the job is still far from complete.

Even if the federal government presented its phase 3 proposals tomorrow, it would leave untouched dozens of ambiguities, gaps and obsolete provisions in both acts, most particularly in the BIA, which requires attention. We have included examples of the latter type provisions in appendix A.

Many of Canada's trading partners have managed to do better than we have in updating their insolvency legislation. We urge the federal government to assume its political responsibilities and not delay any further.

**TÉMOIGNAGES**

OTTAWA, le jeudi 29 mai 2003

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui, à 11 h 10, pour examiner l'application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

**Le sénateur E. Leo Kolber (président)** occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

**Le président:** Nous accueillons deux témoins, M. Jacob Ziegel, qui est professeur à l'Université de Toronto, et M. Thomas Telfer, qui est professeur à l'Université Western Ontario.

Bienvenue, messieurs.

**M. Jacob Ziegel, professeur à l'Université de Toronto:** Monsieur le président et honorables les sénateurs, je suis heureux de comparaître devant vous aujourd'hui pour discuter des observations écrites présentées par M. Telfer, moi-même et cinq autres collègues qui enseignent dans diverses facultés de droit au Canada.

Nous espérons que nos propositions pourront aider le comité dans ses délibérations. Le groupe d'observateurs juridiques que nous formons n'a rien à gagner ni à perdre en se prononçant sur cette question.

Notre mémoire se divise en trois grandes parties: la première formule des considérations générales sur la réforme de l'insolvabilité, la deuxième traite de l'insolvabilité des entreprises, et la troisième, de l'insolvabilité des consommateurs.

Comme nous n'avons pas beaucoup de temps, je vais me concentrer sur les grands thèmes liés à chacune de ces rubriques. M. Telfer abordera des questions dont je n'aurai pas parlé et apportera un autre point de vue à certaines que j'examine.

Nous sommes d'abord et avant tout inquiets du fait que le gouvernement fédéral n'a pas présenté au comité sénatorial de propositions précises, ni même une série bien définie de projets de modifications pour la troisième étape de la réforme de la LFI et de la LACC. Il y a maintenant 33 ans que le Comité Tassé a formulé ses recommandations pour une révision complète de la législation canadienne sur l'insolvabilité, et pourtant la tâche est loin d'être terminée.

Même si le gouvernement fédéral présentait ses propositions de la phase 3 demain, il resterait encore des dizaines d'ambiguités, de lacunes et de dispositions périmées dans chacune des deux lois, plus particulièrement la LFI, qui est digne d'attention. Vous trouverez à l'annexe A des exemples de dispositions périmées.

Beaucoup de partenaires commerciaux du Canada ont réussi mieux que nous à moderniser leur législation en matière de solvabilité. Nous exhortons le gouvernement fédéral à assumer ses responsabilités politiques sans plus attendre.

To expedite the drafting process we also recommend the establishment of a small and balanced committee of outside insolvency experts supported by proper technical resources to prepare new draft legislation for the federal government's consideration.

Of the many commercial insolvency issues that are canvassed in the written submissions there are three that warrant particular emphasis. The first is the need to integrate the BIA and CCAA. In August 1996 I dealt with this issue at length in my submissions to this committee on Bill C-5.

The basic issues have not changed. Integration is needed to promote greater efficiency, predictability and fairness in commercial reorganizations. Supporters of the status quo often argue that the CCAA needs to be open textured to give the courts flexibility in addressing large reorganizations. This is a red herring. Judges should not have to conjure up solutions from thin air. They need to be provided with principles, standards and, where necessary, specific rules.

In 1997 interest groups were quick to advance specific provisions to add to the CCAA. The Insolvency Institute of Canada recommends some 70 more provisions, some of them of considerable complexity. Obviously the attractions of flexibility lie in the eyes of the beholder.

We recommend Canada adopt the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. We recommend this not because it will resolve all the problems in this area, it will not, but to show Canada's goodwill in the search for greater international harmonization among states. We believe the model law rules are superior to the skeletal rules in part 13 of the BIA and section 18.6 of the CCAA.

Our third concern in the commercial insolvency area involves the need for a Crown priorities act, as the current position is chaotic. There are dozens of federal, provincial and municipal provisions, each purporting to give priority or super-priority to particular Crown or public authority claim, and frequently purporting to override existing security interests. The case law is enormous and continues to grow. There are several dozen Supreme Court of Canada decisions.

We believe that the so-called "Crown priorities act" would be a good place to start. However, nothing can be done without the support of the CCAA and the federal government. Regrettably, the authorities have so far sheltered behind the excuse that the federal government must protect its revenue sources, particularly so far as they involve unremitted deductions and collections. We do not question these important goals, but we believe that they can be accomplished within the framework of a Crown priorities act.

I turn now to the area of consumer insolvency issues. Here, somewhat ironically, the Senate committee has the advantage of a specific set of recommendations from the Personal Insolvency Task Force established by the superintendent of bankruptcy in

Pour accélérer le processus de rédaction, nous recommandons également la création d'un petit comité impartial composé de spécialistes externes en matière d'insolvabilité, qui serait chargé, avec l'aide des ressources techniques voulues, de rédiger le nouveau projet de loi à soumettre à l'étude du gouvernement fédéral.

Parmi les nombreuses questions concernant l'insolvabilité des entreprises qui sont traitées dans notre document, il y en a trois qui justifient une attention particulière. D'abord, il est nécessaire d'intégrer la LFI et la LACC. En août 1996, j'en ai longuement discuté dans les observations que j'ai présentées à votre comité au sujet du projet de loi C-5.

Pour l'essentiel, les problèmes n'ont pas changé. L'intégration est nécessaire pour accroître l'efficacité, la prévisibilité et l'équité au moment de la réorganisation des entreprises. Les partisans du statu quo font souvent valoir qu'il faut que la LACC soit souple pour que les tribunaux aient assez de latitude dans le cas des grandes réorganisations. C'est un leurre. Les juges ne devraient pas avoir à inventer des solutions de toutes pièces. Ils doivent suivre des principes, des normes et, si nécessaire, des règles claires.

En 1997, des groupes d'intérêt n'ont pas hésité à proposer des dispositions précises à ajouter à la LACC. L'Institut d'insolvabilité du Canada a recommandé quelque 70 dispositions de plus, dont certaines étaient fort complexes. Évidemment, les attraits de la souplesse sont subjectifs.

Nous recommandons que le Canada adopte la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité transnationale. Nous le recommandons, non pas parce qu'elle va régler tous les problèmes dans le domaine, car ce n'est pas le cas, mais pour montrer la bonne volonté du Canada en vue d'une plus grande harmonisation entre les États. Nous croyons que les règles de la loi type valent mieux que les règles schématiques énoncées à la partie 13 de la LFI et à l'article 18.6 de la LACC.

Enfin, au sujet de l'insolvabilité des entreprises, nous jugeons nécessaire l'adoption d'une loi sur les priorités de l'État, étant donné que la position actuelle est confuse. Il y a des dizaines de dispositions fédérales, provinciales et municipales qui accordent toutes la priorité ou la priorité absolue aux créances des autorités publiques et passent souvent outre aux intérêts en matière de sécurité. La jurisprudence, déjà volumineuse à ce sujet, continue d'évoluer. La Cour suprême a rendu plusieurs dizaines de décisions là-dessus.

Nous croyons que ce qu'on appelle la «loi sur les priorités de l'État» serait un bon départ. Cependant, rien ne peut être fait sans le soutien de la LACC et du gouvernement fédéral. Hélas, les autorités prétextent que le gouvernement fédéral doit protéger ses sources de revenu, surtout lorsqu'il s'agit de retenues à la source non versées et de sommes à percevoir. Nous ne remettons pas en cause ces objectifs importants, mais nous croyons qu'ils peuvent être atteints dans le contexte d'une loi sur les priorités de l'État.

Je vais maintenant parler de l'insolvabilité des consommateurs. Ce qui est un peu paradoxal dans ce cas-ci, c'est que le comité sénatorial bénéficie d'une série de recommandations formulées par le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle, créé par le

2000. Both Professor Iain Ramsay of Osgoode Hall Law School, and myself were members of the task force. Importantly, we also dissented from some of the recommendations of the task force and its failure to address other significant issues.

The academic group adopted the same bifurcated approach. We support, for example, the recommendations for an optional federal exemption scheme for individual bankrupts, and for a more liberal approach to the discharge of student debts. We oppose allowing trustees to sue consumer bankrupts for outstanding fees and disbursements where the debtor has no surplus income and is at or below the official poverty level as determined by the superintendent's directive under section 68 of the BIA. We do so because we believe it is contrary to Parliament's intention and contrary to public policy that poverty level debtors who have been discharged from bankruptcy should still be required to make payments in respect of trustee fees even though the debtors have no surplus income, as determined under section 68.

We also are concerned about trustees continuing to wear several incompatible hats and being required to blow the whistle on their clients, the consumers, under various provisions of the BIA.

As far as the fee problem is concerned, we believe the appropriate solution is for the federal government to reintroduce a federally sponsored FITA program for poverty level consumers, which operated between 1972 and 1978, and was by all accounts very successful. As we note in our written submissions, Australia has an even simpler and cheaper system for making bankruptcy accessible to low-income consumers, which Canada could study to great advantage.

Let me turn to the issues of credit counselling for insolvent consumers and creditors' contribution to the high level of over-indebtedness among Canadian consumers.

In our submissions we express our skepticism about the value of the mandatory credit counselling that every consumer insolvent is required to receive under the BIA as a precondition to discharge from bankruptcy or completion of a consumer proposal. We do not recommend repeal of these provisions, but argue that there needs to be offsetting investigation of credit-granting abuses by credit granters, and sanctions for those who are reckless or clearly negligent in advancing credit to impecunious debtors or debtors who are already over-committed.

The evidence of these practices is overwhelming. Just ask yourselves, honourable senators, how many offers of unsolicited credit cards and consumer loans you have received in the mail over the last year; how often your credit card limits have been increased without your asking for them; and how often we see advertisements offering to supply goods and services on credit without a down payment and with no need to make payments for a year or more.

surintendant des faillites en 2000. Iain Ramsay, professeur à Osgoode Hall, et moi-même en ont fait partie. Il est important de dire que nous nous sommes opposés à certaines recommandations du groupe de travail et que nous avons jugé qu'il n'avait pas réussi à régler certains autres problèmes importants.

Le groupe d'universitaires a adopté la même approche divergente. Nous approuvons, par exemple, les recommandations concernant les exemptions fédérales facultatives dans le cas des faillites de particuliers, ainsi que celles proposant une approche plus tolérante à l'égard de la libération des dettes étudiantes. Nous refusons de permettre aux syndics de poursuivre des particuliers faillis qui leur doivent de l'argent s'ils n'ont pas de revenu excédentaire ou ont un revenu qui se situe au-dessous du seuil de la pauvreté officiel fixé par instruction par le surintendant, en vertu de l'article 68 de la LFI. Nous croyons en effet qu'il est contraire à l'intention du Parlement et à la politique publique que les débiteurs au seuil de la pauvreté qui ont été libérés d'une faillite aient toujours à rembourser les honoraires des syndics même s'ils n'ont pas de revenu excédentaire, conformément à l'article 68.

Nous sommes aussi inquiets du fait que les syndics continuent de remplir plusieurs fonctions incompatibles entre elles et doivent dénoncer leurs clients, les consommateurs, en vertu de diverses dispositions de la LFI.

Pour ce qui est des honoraires, d'après nous, la solution consiste, pour le gouvernement fédéral, à rétablir le programme qu'il a financé entre 1972 et 1978 avec l'AFSI pour les consommateurs au seuil de la pauvreté et qui, de l'avis général, était très utile. Comme nous l'indiquons dans notre mémoire, l'Australie a un régime encore plus simple et plus économique pour rendre le régime de la faillite plus facile d'accès aux consommateurs à faible revenu, et le Canada aurait grand avantage à l'étudier.

J'aimerais maintenant parler des services de consultation à l'intention des consommateurs insolvables et de la participation des créanciers au surendettement des consommateurs canadiens.

Dans notre mémoire, nous exprimons des doutes quant à l'utilité d'offrir des consultations à tous les consommateurs insolvables comme l'oblige la LFI comme condition préalable à la libération de faillite ou à la réalisation d'une proposition de consommateur. Nous ne recommandons pas d'abroger ces dispositions, mais nous faisons valoir qu'il faut par ailleurs enquêter sur l'octroi abusif de crédit par les fournisseurs de crédit et imposer des sanctions à ceux qui accordent de façon irresponsable ou clairement négligente du crédit à des débiteurs démunis ou déjà surchargés de dettes.

Les preuves à propos de cette pratique sont accablantes. Honorables sénateurs, demandez-vous combien de cartes de crédit vous ont été offertes par la poste l'an dernier sans que vous ne les sollicitiez, combien de fois les limites de vos cartes de crédit ont été augmentées sans que vous ne le demandiez, et combien de fois vous avez entendu des messages publicitaires offrant des biens et des services à crédit sans versement initial ni aucun paiement pendant un an ou plus.

We are not alone in expressing our concerns about these excesses, which contribute in a major way to the high incidence of over-indebtedness among Canadians. This problem is also receiving close attention in the United Kingdom, and has been targeted in recent proposals of the European Union.

Regrettably, the task force report does not address this issue, although it was raised at several meetings. We earnestly hope that the Senate's own report will not be guilty of the same omission.

I look forward to answering your questions.

**Professor Thomas Telfer, University of Western Ontario:** Thank you for the opportunity to appear before you today.

I will offer some brief comments on bankruptcy reform and further highlight three substantive areas in our joint submission. Those three areas are voidable preferences, director liability and unpaid suppliers.

I was a member of the Faculty of Law of the University of Auckland in New Zealand for eight years before joining the University of Western Ontario's Law Faculty, and therefore, some of my comments offer a comparative perspective.

My initial comments about bankruptcy reform highlight that although major amendments were made in 1992 and 1997 reform has been piecemeal. Reform has addressed some specific issues but it has been some time since the legislation has been looked at as a whole.

The current act can be traced back to the Bankruptcy Act of 1919, which in turn is based upon English legislation of 1883. The impact of that 19th century legislation is still with us in numerous places in the current act. Appendix A in our submission draws attention to some of these issues.

My second general point is to highlight the fact that the Industry Canada report does not make specific policy recommendations. The reform process leading up to today's hearings includes the publication of a number of discussion papers, some going back to 1998.

New Zealand is currently undergoing a similar review of its insolvency regime. That review was launched in 1999, and after a series of consultation papers the associate minister has announced a series of policy decisions and it is expected that new legislation will be introduced this year.

My first substantive topic is the issue of voidable transactions, or pre-bankruptcy transactions dealt with at page 21 of our submission. Pre-bankruptcy transactions are one of the most highly contestable issues in a bankruptcy. As there is never enough money to satisfy the claims of all creditors, the ability of the trustee to enlarge the estate by setting aside pre-bankruptcy transactions is one of the most fundamental provisions found in any bankruptcy regime.

Nous ne sommes pas les seuls à être inquiets de la situation à laquelle est attribuable en grande partie le surendettement fréquent des Canadiens. C'est un problème qui est aussi examiné de près au Royaume-Uni et qui a fait l'objet de propositions récentes au sein de l'Union européenne.

Malheureusement, le rapport du groupe de travail ne traite pas de la question même si elle a été soulevée à plusieurs réunions. Nous espérons sincèrement que le Sénat ne négligera pas de considérer cette question dans son rapport.

C'est avec plaisir que je répondrai à vos questions.

**M. Thomas Telfer, professeur, Université Western Ontario:** Merci de me donner l'occasion de comparaître devant vous aujourd'hui.

Je vais faire quelques brefs commentaires sur la réforme de la faillite et attirer votre attention sur trois sujets traités dans notre mémoire, à savoir les préférences suspectes, la responsabilité des administrateurs et les fournisseurs impayés.

J'ai enseigné à la faculté de droit de l'Université d'Auckland en Nouvelle-Zélande pendant huit ans avant de devenir professeur de droit à l'Université Western Ontario et, par conséquent, je fais certaines comparaisons entre les deux régimes.

J'aimerais d'abord souligner que, même si d'importantes modifications ont été apportées en 1992 et en 1997, la réforme sur la faillite a été fragmentaire. La réforme a porté sur certaines questions précises, mais il y a un certain temps que l'ensemble de la loi n'a pas été examiné.

Les origines de la loi actuelle remonte à la Loi sur les faillites de 1919 qui, elle, s'inspire de la loi anglaise de 1883. On retrouve encore dans la loi actuelle des influences de la loi du XIX<sup>e</sup> siècle. Nous soulignons certains de ces problèmes à l'annexe A de notre mémoire.

J'aimerais ensuite faire remarquer que le rapport d'Industrie Canada ne formule pas de recommandations précises en matière de politique. La réforme qui a abouti aux audiences d'aujourd'hui a donné lieu à la publication d'un certain nombre de documents de travail, dont certains datent de 1998.

La Nouvelle-Zélande a elle aussi entrepris une étude semblable de son régime en matière d'insolvabilité. L'étude a commencé en 1999 et, après la publication d'une série de documents de consultation, le ministre associé a annoncé des décisions de principe, et on s'attend à ce qu'un nouveau projet de loi soit déposé cette année.

J'aimerais parler plus en détail d'abord des transactions annulables, ou transactions avant faillite, dont il est question à la page 21 de notre mémoire. C'est un des sujets les plus controversés dans le domaine des faillites. Comme il n'y a jamais assez d'argent pour régler toutes les créances, la capacité du syndic d'accroître les biens en annulant les transactions avant faillite est un aspect très fondamental de tout régime de faillite.

Our submissions call for reform of a number of different provisions in the BIA that deal with pre-bankruptcy transactions. This includes the modernization of settlements, a term that has been narrowly defined by the courts. Our submission also addresses the issue of overlapping federal and provincial laws.

I would like to alert the committee to the choice between the status quo, which is the traditional culpability test, and a more modern effects-based test, which would be a reform option. On the eve of bankruptcy, debtors often make payments to a preferred creditor. If these payments cannot be challenged or set aside there may be nothing left for the trustee to distribute. The traditional concept of a preference is that the trustee is given the power to set aside this transaction where the transaction is made with the intention to prefer. This culpability test is found in section 95. This traditional test has been criticized as uncertain, antiquated, and difficult to apply.

A more modern approach or reform option would be to adopt an effects-based regime. Allowing the trustee to set aside the transaction has the effect of preferring one creditor over another without looking at intention.

The United States and New Zealand, for example, have abandoned the culpability test and have adopted an effects-based regime. However, as experience shows in other jurisdictions, the exceptions or defences to any effects-based regime become the new source of litigation. Our submission asks, "Can a culpability test be replaced with an effects-based test without causing more problems than it solves?"

In 1993 New Zealand abandoned the culpability test, which is being suggested for this country, in favour of the more modern effects-based regime. However, the 1993 amendments failed and as a result, 10 years of extensive litigation and uncertainty have ensued. So controversial were the amendments that in 2001 the New Zealand government announced the decision that it would recast the preference regime in the coming round of insolvency reform. I highlight this issue as a significant policy choice, and if there is to be reform in this area and Parliament decides to abandon the culpability test careful consideration should be given to the design of a new effects-based regime.

My second point deals with director liability for unpaid wages. Our submission recommends that once a company is insolvent a uniform bankruptcy insolvency act rule should govern directors' liability for wages. Currently director liable for unpaid wages varies across the country both in terms of extent of liability and whether there is any defence. A provision in the BIA would ensure uniform treatment across the country.

There is also a second issue arising under director liability not specifically addressed in our report, and that is the issue of whether there are appropriate sanctions for directors' conduct

Nous proposons dans notre mémoire de modifier différentes dispositions de la LFI à ce sujet. Nous aimerais entre autres qu'on modernise les dispositions en fiducie, expression que les tribunaux ont défini de façon restreinte. Il est aussi question dans notre mémoire du chevauchement des lois fédérales et provinciales.

J'aimerais mettre en garde le comité à propos du choix entre le statu quo, ou le critère de culpabilité conventionnel, et un critère plus moderne, fondé sur les effets, qui pourrait être adopté dans le cadre d'une réforme. À la veille d'une faillite, des débiteurs paient souvent un créancier préféré. Si ces paiements ne peuvent être contestés ou annulés, il se peut que le syndic n'ait rien d'autre à distribuer. Selon le concept conventionnel, le syndic a le pouvoir d'annuler la transaction quand elle est faite dans le but de procurer une préférence. Le critère de culpabilité figure à l'article 95. On a jugé que ce critère était vague, archaïque et difficile à appliquer.

Il vaudrait mieux adopter un régime fondé sur les effets. Le syndic qui annule une transaction préfère un créancier à un autre sans examiner les intentions.

Aux États-Unis et en Nouvelle-Zélande, par exemple, on a abandonné le critère de culpabilité pour adopter un régime fondé sur les effets. Cependant, comme ce qui se passe dans d'autres pays le montre, les exceptions ou les défenses à l'égard du régime fondé sur les effets ont entraîné de nouveaux différends. Nous demandons dans notre mémoire s'il est possible de remplacer le critère de culpabilité par un critère fondé sur les effets sans causer plus de problèmes qu'on en règle.

En 1993, la Nouvelle-Zélande a abandonné le critère de culpabilité, qui est proposé ici, pour adopter un régime plus moderne fondé sur les effets. Cependant, les modifications apportées en 1993 n'ont pas répondu aux attentes et ont donné lieu à beaucoup d'incertitude et de conflits pendant 10 ans. Les modifications ont été tellement controversées qu'en 2001, le gouvernement de la Nouvelle-Zélande a annoncé qu'il rétablirait le régime de préférence au moment de la refonte à venir. Je souligne que c'est un choix de politique important et, si dans le cadre d'une réforme, le Parlement décide d'abandonner le critère de culpabilité, il faudrait accorder une attention particulière à l'élaboration d'un nouveau régime fondé sur les effets.

J'aimerais parler en deuxième lieu de la responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires impayés. Nous recommandons dans notre mémoire que cette responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires soit régie, en cas d'insolvabilité d'une entreprise, par une mesure prévue dans la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, mesure qui s'appliquerait de façon uniforme. Actuellement, cette responsabilité varie d'un endroit à l'autre du pays, autant pour ce qui est de la portée de la responsabilité que de la défense. Une disposition dans la LFI assurerait un traitement uniforme dans tout le pays.

Il y a un autre problème à ce sujet dont nous ne traitons pas dans notre mémoire et c'est la question de savoir s'il y a des sanctions appropriées quand le comportement des

prejudicial to creditors. I would be happy to answer any questions on that issue and refer to my New Zealand experience concerning that issue and the specific legislation adopted in that country.

A recent decision of the Quebec Court of Appeal calls into question whether there is a need for specific legislation in the Bankruptcy and Insolvency Act to deal with the issue of wrongful or reckless trading by directors.

My final point is with respect to the issue of unpaid suppliers. Section 81.1 enables a person who has supplied goods to a commercial buyer to repossess those goods within 30 days of delivery. If the buyer is a bankrupt, the goods are identifiable in the same state and have not been resold.

These 1992 provisions have not been effective and have been described as illusory. The provisions do not apply in a reorganization, which seriously weakens the effect of this remedy. The sellers' right to repossess is largely dependent on what the buyer does with the goods.

The time frame for exercising the right to repossess is quite short in that by the time the seller discovers the buyer is bankrupt the time in which to exercise the remedy may be near expiration. This issue is controversial in that unpaid suppliers point to these weaknesses, while secured creditors object to any reforms or object to the remedy at all because the right to repossess weakens the position of the secured party. After all, suppliers have the option to extending credit on a secured basis. However, we know as a matter of practice that not all suppliers sell goods on secured terms. Where there is a sale of goods on unsecured terms, the question arises as to whether Parliament should intervene by providing an effective right to repossess when the buyer goes bankrupt.

I submit that Parliament has made that policy choice by adopting the 1992 provision. There are numerous deficiencies in the law that could be addressed through reform including the integration of the remedy into the context of reorganization, and addressing the timelines to allow for a more effective right of repossession.

I look forward to answering any specific questions you may have.

**Senator Kelleher:** Professor Ziegel, in the first paragraph you mention your concern about the absence of a specific proposal in the Industry Canada report.

Were you as disappointed in the report as we were? Industry Canada gave us a list of 84 areas of their concern and divided them up into sections. We hoped that there might have been some draft proposals forwarded to us but they were not forthcoming. Just like you, we feel abandoned.

administrateurs peut nuire aux créanciers. Je répondrai volontiers aux questions là-dessus en me fondant sur ce que je connais de la Nouvelle-Zélande et des mesures législatives particulières adoptées dans ce pays.

Dans une décision qu'elle a rendue récemment, la Cour d'appel du Québec se demande si la Loi sur la faillite et l'insolvabilité doit prévoir des mesures précises au sujet des transactions répréhensibles ou irresponsables de la part des administrateurs.

En dernier lieu, j'aimerais parler de la question des fournisseurs impayés. L'article 81.1 permet à une personne qui a fourni des marchandises à un acheteur d'en reprendre possession dans les 30 jours suivant la livraison, si l'acheteur est un failli, que les marchandises peuvent être identifiées, qu'elles sont dans le même état qu'au moment de la livraison et qu'elles n'ont pas été revendues.

Ces dispositions qui datent de 1992 ne sont pas entrées en vigueur et sont considérées illusoires. Elles ne s'appliquent pas dans le cas d'une réorganisation, ce qui limite sérieusement leur utilité. Le droit du vendeur de reprendre possession des marchandises dépend en grande partie de ce que l'acheteur a fait de ces biens.

Le délai lui permettant d'exercer son droit est très court, dans le sens où, au moment où le vendeur se rend compte que l'acheteur a fait faillite, le délai pendant lequel il peut récupérer ses biens peut être à la veille d'expirer. La question est controversée parce que les fournisseurs impayés soulignent ces lacunes, tandis que les créanciers garantis s'opposent à toute réforme ou à tout recours parce que le droit de reprendre possession des biens affaiblit leur position. Après tout, les fournisseurs ont la possibilité d'accorder du crédit de façon garantie. Cependant, nous savons que, dans les faits, ce ne sont pas tous les fournisseurs qui vendent des marchandises sur garantie. Si des marchandises sont vendues sans garantie, on peut se demander si le Parlement devrait intervenir pour conférer le droit d'en reprendre possession quand l'acheteur fait faillite.

Je pense que le Parlement a fait un choix de principe quand il a adopté la disposition en 1992. Une réforme pourrait corriger les nombreuses lacunes de la loi, en prévoyant notamment un recours en cas de réorganisation et en examinant les délais pour que l'application du droit de reprendre possession des marchandises soit plus efficace.

Je répondrai volontiers aux questions que vous voudrez bien me poser.

**Le sénateur Kelleher:** Monsieur Ziegel, dans le premier paragraphe, vous dites que le fait que le rapport d'Industrie Canada ne formule pas de proposition précise vous inquiète.

Le rapport vous a-t-il déçu autant que nous? Industrie Canada nous a fourni une liste de 84 sujets de préoccupation regroupés par thème. Nous espérions recevoir des projets de proposition, mais nous n'avons rien reçu. Tout comme vous, nous nous sommes sentis abandonnés.

A couple of weeks ago we had representatives here from various student organizations, and one of them asked us why they are being treated differently than any other consumer group.

They suggested that we abolish the area of the act that deals with student loans and treat them the same as everyone else. What have you to say about that?

**Mr. Ziegel:** We support the task force recommendation that allows discharge from student loans after five years from the completion of the student's studies.

We also support an additional recommendation from the task force report that would give the court the power to shorten the period even more when proven hardship is evident.

We do not go the whole way, by any means, in terms of the students' requests. We appreciate that we are talking about government-supported student loans. They are not in the same category as loans made for private profit-making purposes.

We see the justification for the governments' concern of making discharge too easy for the student. As members of the task force we sought an accommodation between the two competing interests and we thought our recommendation in favour of a five-year period seemed reasonable.

Canada is not alone in this problem. It would be fair to say the majority of English-speaking, if not French-speaking, countries have been wrestling with this problem for some time. Other countries impose restrictions on the discharge of student loans. We are all grappling with the same problem while trying to reach some accommodation.

**Senator Kelleher:** You recommend that the BIA and the CCAA be combined. I know a little bit about this area and I know what goes on in Ontario. We have one judge who deals with all of these issues and he is a bit dictatorial at times. How is that for an understatement? In fairness to him, it is partly because the CCAA is so loose that it does not even provide guidelines for him to follow. It leaves the decisions up to the judge to make. How can we resolve this matter?

**Mr. Ziegel:** Senator, when I appeared before this committee in 1996, I made some detailed observations on this issue and argued that the two acts should be combined. The submissions of my colleagues and I have presented today make the same point.

I should make it clear that when we talk about integration, we are not arguing that the same rules should apply to both large and small reorganizations. We are saying that these differences can be accommodated under the umbrella of the Bankruptcy and Insolvency Act which, historically, was intended to be the primary, if not the exclusive, source of Canada's insolvency legislation.

I also remind you that the House of Commons committee recommended at the time of the adoption of the 1992 amendment that the CCAA should be repealed at the end of a three-year

Il y a quelques semaines, nous avons entendu des représentants de diverses associations étudiantes, et l'un d'entre eux nous a demandé pourquoi ils étaient traités différemment des autres groupes de consommateurs.

On nous a proposé d'abolir la partie de la loi qui traite des prêts étudiants et de traiter les étudiants comme tout le monde. Qu'avez-vous à dire à ce sujet?

**M. Ziegel:** Nous approuvons la recommandation du groupe de travail qui permet la libération d'une dette étudiante cinq ans après la fin des études.

Nous approuvons également une autre recommandation énoncée dans le rapport du groupe de travail qui propose de permettre aux tribunaux d'écourter cette période encore davantage dans le cas de difficultés évidentes.

Nous n'approuvons absolument pas toutes les demandes des étudiants. Nous sommes conscients que les prêts étudiants sont financés par l'État. Ils n'entrent pas dans la même catégorie que les prêts consentis par une entreprise privée à des fins lucratives.

Nous comprenons que le gouvernement soit préoccupé par le fait de trop faciliter la libération des dettes étudiantes. En tant que membres du groupe de travail, nous avons cherché un compromis entre des intérêts divergents, et nous avons jugé que notre recommandation pour une libération après cinq ans semblait raisonnable.

Le Canada n'est pas le seul à avoir ce problème. On peut dire que la majorité des pays anglophones, sinon francophones, cherchent une solution à ce problème depuis un certain temps. D'autres pays imposent des restrictions à la libération des dettes étudiantes. Nous sommes tous aux prises avec le même problème et cherchons une sorte de compromis.

**Le sénateur Kelleher:** Vous recommandez de combiner la LFI et la LACC. Je connais un peu le domaine et je sais ce qui passe en Ontario. Il y a un juge qui tranche toutes ces questions et il agit parfois de façon un peu autoritaire. N'est-ce pas un bel euphémisme? À sa décharge, il faut dire que c'est attribuable en partie au fait que la LACC est tellement vague qu'elle ne lui offre aucune ligne directrice à suivre. Elle laisse le juge décider. Comment pouvons-nous régler ce problème?

**M. Ziegel:** Sénateur, quand j'ai comparu devant votre comité en 1996, j'ai formulé des observations précises à ce sujet et soutenu que les deux lois devraient être combinées. Le mémoire que mes collègues et moi avons présenté aujourd'hui dit la même chose.

Je devrais préciser, au sujet de l'intégration, que nous ne demandons pas que les mêmes règles s'appliquent aux grandes et aux petites réorganisations. Nous croyons qu'il est possible de tenir compte des différences entre les deux dans le contexte de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité qui a toujours été la principale, sinon la seule, mesure législative sur l'insolvabilité au Canada.

Je vous rappelle aussi que le comité de la Chambre des communes a recommandé, au moment de l'adoption de la loi modificative en 1992, que la LACC soit abrogée après trois ans.

period. It was not repealed however, and no official explanation has ever been given as to why it has not. It was probably because, in the meantime, practitioners had become accustomed to the courts adapting the CCAA to their purposes. In my view, this was a serious distortion of legal history.

We have now come to the point at which we need to do two things: First, the CCAA provisions should be integrated as part of the BIA, and second, if we decide to retain, as I think we probably should, a separate part of the BIA for large reorganizations, then we must ensure that it has a comprehensive set of principles, guidelines and rules.

As you rightly pointed out, it is unsatisfactory that we throw the immense problems at a judge and expect him to sort it out. If the judge does consult the act, much of the time there is nothing in it to guide him because of the absence of specific principles and rules. As a result, the courts conjured up something called the "inherent jurisdiction of the courts" which basically means, that it is up to the judge to find a solution to the problems before him.

This is a unique approach to legal problem solving. In my view, it is not compatible with our conception of the rule of law. It makes it very unpredictable for petitioners. It is good for the debtors who are urging the court to create new solutions to accommodate their needs; it is bad for the range of creditors and others who may be adversely affected by the judges' ruling.

For all these reasons, my colleagues and I strongly argue, first, for the integration of the BIA and the CCAA; and, second, for filling in the many gaps that exist in the CCAA provisions.

**Senator Kroft:** We have heard presentations both for and against flexibility. I understand that by putting the two together you are not saying that we should put all sizes into the same box.

To give us a little insight, could you suggest two or three specific areas where absence of direction leaves the judge free to draw his own conclusions? Where do you think it may be helpful to bring some specificity to the law?

**Mr. Ziegel:** Let me give you several current examples that have arisen both in the Air Canada case and one in Quebec in connection with the restructuring of a mine.

The issue to which I refer is whether the court has the power to authorize the debtor company to break collective bargaining agreements. There is not a word in the act at the moment that deals with a debtors' right to repudiate existing contracts. This is something the courts have, I am tempted to say, invented, although that is a somewhat pejorative term, but which they have adopted because they felt it was necessary to make the CCAA workable. It gives enormous discretion to the courts.

The American Bankruptcy Code has detailed provisions concerning the power of debtors to repudiate contracts in bankruptcy including reorganizations. In its submission to Industry Canada, the Insolvency Institute of Canada has strongly argued in favour of spelling out this area in some detail.

Elle ne l'a toutefois pas été, sans qu'on n'ait jamais expliqué officiellement pourquoi. C'est probablement parce que, dans l'intervalle, les professionnels se sont habitués à ce que les tribunaux adaptent la LACC à leurs besoins. À mon avis, on a sérieusement changé le cours de l'histoire de la loi.

Nous en sommes maintenant au point où il y a deux choses à faire. D'abord, les dispositions de la LACC doivent être intégrées à la LFI et, ensuite, si une partie distincte de la LFI est conservée pour les grandes réorganisations, comme on devrait probablement le faire d'après moi, il faut veiller à y inclure un ensemble complet de principes, lignes directrices et règles.

Comme vous l'avez bien fait remarquer, il est inacceptable qu'on demande à un juge de régler tous les problèmes. Si le juge consulte la loi, il n'y trouve rien pour le guider parce qu'elle n'énonce aucune règle ou principe précis. C'est pourquoi les tribunaux ont affirmé la «compétence inhérente de la cour» qui permet essentiellement au juge de trouver une solution aux problèmes dont il est saisi.

C'est une façon très particulière de régler les problèmes juridiques. À mon avis, elle n'est pas compatible avec notre conception de la règle de droit. Elle est très imprévisible pour les requérants. Elle est utile pour les débiteurs qui exhortent le tribunal à trouver une solution adaptée à leurs besoins, mais elle ne l'est pas pour les créanciers et les autres qui peuvent être lésés par la décision des juges.

Pour toutes ces raisons, mes collègues et moi préconisons, premièrement, l'intégration de la LFI et de la LACC et, deuxièmement, la correction des nombreuses lacunes qui existent dans la LACC.

**Le sénateur Kroft:** Nous avons entendu des exposés à la fois pour et contre plus de souplesse. Je comprends que vous ne voulez pas qu'on mélange tous les genres si on combine les deux lois.

Pour que nous comprenions un peu mieux, pourriez-vous nous indiquer deux ou trois domaines où l'absence de lignes directrices laisse le juge libre de tirer ses propres conclusions? Où pensez-vous qu'il peut être utile de préciser la loi?

**M. Ziegel:** Je vais vous donner plusieurs exemples d'actualité qui se sont présentés dans le cas d'Air Canada et de la restructuration d'une mine au Québec.

Je parle de savoir si le tribunal a le pouvoir d'autoriser la compagnie débitrice à ne pas respecter les conventions collectives. Actuellement, rien dans la loi ne traite du droit d'un débiteur de rompre des contrats en vigueur. À ce sujet, les tribunaux ont je serais tenté de dire inventé, même si c'est un peu péjoratif, mais du moins adopté des mesures qu'ils ont jugées nécessaires pour que la LACC fonctionne. Elle donne énormément de pouvoirs aux tribunaux.

Le code américain sur les faillites explique en détail le pouvoir des débiteurs de renoncer aux contrats en cas de faillite ainsi que de réorganisation. Dans le mémoire qu'il a présenté à Industrie Canada, l'Institut d'insolvabilité du Canada préconise que certaines précisions soient apportées à ce sujet.

The question of whether a court should authorize the debtor to repudiate collective bargaining agreements is a very important subset of this problem. It seems to me markedly inappropriate for a judge to be asked to answer this question of immense importance to the parties without any guidelines from Parliament.

Understandably, the unions are very upset. In the recent Quebec Court of Appeal decision to which I referred, the court concluded that on the facts of that particular case no authority had been given to the monitor to repudiate union contracts. The court also raised the question whether Parliament could even authorize the monitor to repudiate the union contracts.

We now have two conflicting approaches: one in Ontario, which assumes that the judge does have the power, and we have serious doubt cast upon the whole area in the province of Quebec.

It seems to me the obvious solution is for Parliament to give some specific guidelines. You will find such guidelines in the U.S. Bankruptcy Code.

The problem we have here, senators, is that Parliament does not seem to want to grapple with these technical problems, presumably because ministers do not see any political advantage in doing so.

We do not believe that is the correct approach to insolvency problems. These are active legal, social and economic issues that need to be addressed, and it is the role of governments to do address them. We elect governments to deal with such problems and not to throw them back into the laps of the courts.

There are two other examples. One concerns a question that arose in the case of Air Canada as to whether an order of the court restraining actions against the debtor company was also binding on government instrumentalities. For example, the Competition Bureau has conducted hearings as to whether Air Canada has violated provisions of the Competition Act dealing with some of its pre-bankruptcy activities. Section 11 of the act does not address this important issue. Quite often in the case of large reorganizations, there may be other proceedings that may be outstanding.

The Winnipeg Airport Authority also raised an issue. They said Air Canada had collected large amounts of money by way of airport fees and had not paid them over to the airport authority. These are funds that belong to the airport authority and not to Air Canada. There is absolutely no guidance in the current act as to the disposition of funds that are being held by the debtor on trust for a government agency.

Debtors and possession financing is another common issue that is not dealt with in the current act. In this case the debtor needs a line of credit to continue in business. However, to get a line of credit, the debtor has to be able to give security to the bank. Not only does the bank want security for any post-bankruptcy loans being made to the restructuring company, they want super priority. That is to say they want to be able to trump existing

La question de savoir si un tribunal devrait autoriser un débiteur à renoncer aux conventions collectives est un aspect très important du problème. Il me semble nettement déplorable qu'un juge ait à répondre à cette question d'une énorme importance pour les parties sans avoir aucune ligne directrice de la part du Parlement.

On peut comprendre que les syndicats soient très mécontents. Dans la récente décision dont j'ai parlé, la Cour d'appel du Québec a conclu, d'après les faits exposés dans cette affaire, que rien ne permettait au contrôleur de renoncer aux conventions collectives. La cour a également soulevé la question de savoir si le Parlement pourrait même l'autoriser à renoncer à ces conventions.

Il y a maintenant deux points de vue qui s'opposent: en Ontario, on présume que le juge a ce pouvoir et, au Québec, on remet tout ce problème sérieusement en question.

Il me semble que le Parlement doit définir des lignes directrices à ce sujet: c'est la solution évidente. Ces lignes directrices se trouvent dans le code sur la faillite des États-Unis.

Le problème, toutefois, sénateurs, réside dans le fait que le Parlement ne semble pas vouloir s'attaquer à ces questions d'ordre techniques, apparemment parce que les ministres ne voient aucun avantage politique à le faire.

Nous ne croyons pas que c'est la bonne façon d'aborder les problèmes d'insolvabilité. Ce sont des enjeux d'ordre juridique, social et économique qui doivent être réglés, et c'est au gouvernement qu'il appartient de le faire. Nous élisons des gouvernements pour s'occuper de ces problèmes et pas pour qu'ils les refilent aux tribunaux.

Il y a deux autres exemples. On s'est demandé dans le cas d'Air Canada si une ordonnance du tribunal limitant les mesures contre une compagnie débitrice engageait également les organisations émanant du gouvernement. Par exemple, le Bureau de la concurrence a tenu des audiences pour déterminer si Air Canada avait violé les dispositions de la Loi sur la concurrence concernant certaines activités avant faillite. L'article 11 de la loi ne traite pas de cette importante question. Bien souvent dans le cas des grandes réorganisations, il peut y avoir d'autres procédures non résolues.

L'Administration aéroportuaire de Winnipeg a aussi soulevé un problème. D'après elle, Air Canada a perçu des sommes d'argent importantes en droits d'aéroport qu'elle ne lui a pas remises. Cet argent appartient à l'administration aéroportuaire et non pas à Air Canada. Rien actuellement dans la loi ne fournit d'indication sur l'utilisation de fonds détenus par le débiteur en fiducie pour une agence gouvernementale.

Le financement du débiteur est un autre problème courant que la mesure actuelle passe sous silence. En pareil cas, le débiteur a besoin d'une ligne de crédit pour demeurer en affaires. Cependant, pour obtenir une ligne de crédit, il doit pouvoir offrir une garantie à la banque. La banque veut non seulement une garantie à l'égard de tous les prêts postfaillite qui pourraient éventuellement être consentis dans le cadre de la restructuration de la compagnie, elle

security interests. The courts are divided in their reaction to these requests. Some courts will grant it, while others will not; some will try to mediate a solution at either end of these extremes.

The courts should not have to speculate about the appropriate solution. The act should give clear guidelines to the courts.

I hope that answers your question, senator.

**Senator Meighen:** I want to discuss the issue of unpaid wage earners' and directors' liability. When I was a relatively young lawyer I was given the opportunity to sit on the board of a well-known Montreal clothing company. At one point, a bailiff walked into my office and slapped me with a writ for \$865,000. Then as now, I did not have that kind of money in my bank account. I was only able to extricate myself from the situation with the help of our adviser, Mr. Yoine Goldstein. What Mr. Goldstein says, I listen to carefully even today.

That is by the by. I note that during 12 years of discussions on wage earner protection we have yet to reach an agreement as to how to proceed with the problem.

You spoke about an enlarged Employment Insurance fund and a preference to proceed that way as opposed to a lien on insolvent employers' inventory and accounts receivable.

Do you have any statistics or objective data to demonstrate the extent of the problem of unpaid wages and what the projected costs might be of an enhanced Employment Insurance fund?

**Mr. Ziegel:** I am not remotely an expert in the area, senator. However, I think you will find some statistics in the Industry Canada report. They offer one set of projections for using the Employment Insurance fund. Another possibility is to use the route of giving unpaid wages priority lien.

My Industry Canada friends will correct me if I am wrong, but I believe that in the case of the Employment Insurance fund, they calculated the costs might be around \$20 million a year. In the case of first liens, they had a substantially lower figure. I think it was in the order of \$12 million. As I recall, neither figure was overwhelming.

When the parliamentary hearings were held in 1991 for what became the 1992 amendments, the figures at that time suggested that 10 cents a week per employee would be sufficient to enable the Employment Insurance fund to cover unpaid wages. I recall I wrote a *Globe and Mail* op-ed piece at the time using that figure.

We are not talking about huge problems. In my view, it is essentially a matter of political will. As I said earlier, for reasons that escape me, politicians seem to wait for consensus. They are

veut la priorité absolue. Autrement dit, elle veut avoir préséance sur les droits de sûreté existants. Quant aux tribunaux, ils sont divisés face à de telles requêtes. Certains tribunaux les accordent, d'autres non, et d'autres encore tentent de négocier une solution médiane entre ces deux extrêmes.

Les tribunaux ne devraient pas être obligés de s'interroger au sujet de la solution qu'il convient d'adopter. La loi devrait leur donner des directives claires.

J'espère que cela répond à votre question, sénateur.

**Le sénateur Meighen:** Je veux discuter de la question des salaires impayés et de la responsabilité des administrateurs. Au début de ma carrière d'avocat, il m'a été donné de siéger au conseil d'administration d'un magasin de vêtements bien connu de Montréal. Un jour, un huissier est entré dans mon bureau et m'a signifié un bref à hauteur de 865 000 \$. À cette époque, tout comme maintenant, je n'avais pas ce montant dans mon compte en banque. J'ai été en mesure de me sortir de cette situation grâce à l'aide de notre conseiller, M. Yoine Goldstein. C'est dire qu'encore aujourd'hui, lorsque M. Goldstein dit quelque chose, j'écoute attentivement.

Mais c'est du passé. Je constate que depuis 12 ans que l'on discute de la protection des salariés, nous ne sommes pas encore parvenus à nous entendre sur la façon de régler le problème.

Vous avez évoqué l'élargissement de la Caisse d'assurance-emploi. Vous semblez privilégier cette option par opposition à un privilège sur l'inventaire et les comptes débiteurs de l'employeur insolvable.

Avez-vous des statistiques ou des données objectives montrant l'ampleur du problème des salaires impayés ainsi que les coûts probables de l'élargissement de la Caisse d'assurance-emploi?

**Mr. Ziegel:** Je suis loin d'être un expert dans le domaine, sénateur. Toutefois, le rapport d'Industrie Canada comporte certaines données statistiques. On y trouve un ensemble de prévisions au sujet du recours à la Caisse d'assurance-emploi. Une autre possibilité serait d'accorder un rang prioritaire aux salaires impayés.

Mes amis d'Industrie Canada me corrigent si je me trompe, mais je crois que dans le cas de la Caisse d'assurance-emploi, on a estimé que les coûts en question seraient d'environ 20 millions de dollars par année. Pour ce qui est des priviléges prioritaires, le chiffre était sensiblement moindre, soit de l'ordre de 12 millions de dollars. Si ma mémoire est bonne, dans un cas comme dans l'autre, ce n'était pas une somme énorme.

Lors des audiences parlementaires de 1991, qui ont débouché sur des modifications législatives en 1992, on avait estimé que 10c. par semaine par employé serait suffisant pour permettre à la Caisse d'assurance-emploi de couvrir les salaires impayés. Je me souviens d'avoir rédigé pour le *Globe and Mail* un article destiné à la page en regard de l'éditorial dans lequel j'avais utilisé ce chiffre.

Nous n'envisageons pas de grands problèmes. À mon avis, c'était essentiellement une question de volonté politique. Comme je l'ai dit tout à l'heure, pour des raisons qui m'échappent, les

not willing to move unless they see overwhelming support for a particular solution. You might as well wait for Godot to come home.

I think the time has come for the federal government to assume its proper responsibilities. The issue of unpaid wages has been debated ad nauseam. We have had umpteen reports. We have spent hundreds of thousands dollars on reports. We have sent travelling committees as far as Western Europe to see if they could find a solution to this problem. We have an enormous body of precedents and information, and now is the time to act.

**Senator Meighen:** I could not have said it better myself.

Would you lump unpaid pension benefit contributions in with unpaid wages?

**Mr. Ziegel:** I am not sufficiently knowledgeable in that area. It is a more complex area because it involves significantly larger funds. Pension funds are also being administered in many of the provinces that have various pension supervisory agencies.

If you will permit, I will beg off trying to give you a specific answer to that question.

**Senator Meighen:** We will try to provoke the leadership on the basic problem of unpaid wages, and at another time and place we will turn to the unpaid pension contributions.

In your paper you indicated you support the concept of a uniform bankruptcy and insolvency act with respect to the liability of directors and insolvent corporations. Do your comments apply to the CCAA?

**Mr. Ziegel:** Do you mean in terms of unpaid wages?

**Senator Meighen:** Yes.

**Mr. Ziegel:** Yes I do.

**Senator Meighen:** Do you mean in terms of concept of liability for unpaid wages?

**Mr. Ziegel:** Yes, that would be logical.

**Senator Meighen:** As I see it, the problem lies with the BIA, which as you note in your paper, has varying degrees of liability for directors and varying ability to raise defences.

Did you not also say that it is a constitutional conundrum because we are dealing with provincial jurisdiction? If that is so, other than a pious good wish, do you have any magic solution for us to ensure that we get all the provinces to agree?

**Mr. Ziegel:** We said that there is a constitutional doubt. We did not indicate one way or the other whether we shared that doubt. We did not have time to investigate the issue. Personally, I think a persuasive case can be made. The issue of directors'

politicians semblent attendre un consensus. Ils ne sont pas disposés à bouger à moins qu'une solution en particulier recueille un appui écrasant. Aussi bien attendre Godot.

À mon avis, le temps est venu pour le gouvernement fédéral d'assumer ses responsabilités. La question des salaires impayés a été discutée ad nauseam. Nous avons sur le sujet un nombre incalculable de rapports qui ont coûté des centaines de milliers de dollars. Des comités sont même allés jusqu'en Europe de l'Ouest pour voir s'ils ne pourraient pas trouver une solution à ce problème. Nous avons de multiples précédents et des tonnes de renseignements. Il faut agir maintenant.

**Le sénateur Meighen:** Je n'aurais pas pu si bien dire moi-même.

Réuniriez-vous ensemble les salaires impayés et les cotisations à un régime de retraite impayées?

**M. Ziegel:** Je ne m'y connais pas suffisamment dans ce domaine. C'est un domaine plus complexe puisqu'il met en cause des fonds beaucoup plus importants. En outre, dans bien des provinces, les caisses de retraite tombent sous le coup de divers organismes de surveillance.

Avec votre permission, je n'essaierai pas de vous fournir une réponse précise à cette question.

**Le sénateur Meighen:** Nous allons essayer de faire bouger les autorités au sujet du problème fondamental des salaires impayés et, dans une autre tribune, à un autre moment, nous tournerons notre attention vers les cotisations impayées aux régimes de retraite.

Dans votre mémoire, vous souscrivez à l'idée d'une règle uniforme relative à la responsabilité des administrateurs d'une société insolvable. Vos commentaires s'appliquent-ils à la Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies?

**M. Ziegel:** Pour ce qui est des salaires impayés?

**Le sénateur Meighen:** Oui.

**M. Ziegel:** Effectivement.

**Le sénateur Meighen:** Plus précisément, pour ce qui est de la responsabilité à l'égard des salaires impayés?

**M. Ziegel:** Oui, ce serait logique.

**Le sénateur Meighen:** Selon moi, c'est la LFI qui fait problème car, comme vous le faites remarquer dans votre document, elle prévoit divers degrés de responsabilité pour les administrateurs et de multiples possibilités de défenses.

N'avez-vous pas aussi affirmé que nous sommes en présence d'une impasse constitutionnelle puisqu'il s'agit d'un domaine de compétence provinciale? Si c'est le cas, mis à part les voeux pieux, avez-vous une solution magique à nous proposer pour rallier toutes les provinces?

**M. Ziegel:** Nous avons dit qu'il existe au doute quant à la constitutionnalité de ce type de disposition. Nous n'avons pas précisé si nous partagions ce doute. Nous n'avions pas le temps de fouiller la question. Personnellement, je pense qu'on peut avancer

liability and unpaid wages is sufficiently close to insolvency that federal action can be justified in terms of the federal insolvency power.

I am not purporting to give professional advice. I think the Department of Justice has many highly competent experts that could easily deal with this issue.

There is a precedent, however, for federal government intervention. That is to say, in the CCAA there is a provision, which was added in 1997, that allows an arrangement to be made with the company's directors, as well as with the debtor company. It also provides that the court can make an order staying any action or proceedings against the company's directors.

If that is *intra vires* we are already on the way to the answer whether Parliament could also adopt a uniform provision for directors' liability of unpaid wages.

**Senator Meighen:** I gather the bottom line is damn the torpedoes, full steam ahead.

**Mr. Ziegel:** Not necessarily. I am saying that it should be addressed. We are not abandoning the issue because someone raised a constitutional issue.

**Senator Meighen:** If you had the power to decide, would you favour the due diligence defence on the part of directors?

**Mr. Ziegel:** I would be sympathetic. I cannot necessarily speak for my colleagues.

In terms of my personal philosophy, I find it difficult to justify imposing strict liability on directors for unpaid wages, particularly if they are outside directors and have nothing to do with the day-to-day operations of the company, other than to ask the right questions at directors' meetings to ensure that the funds are available to meet the employees' claims.

**Senator Meighen:** Professor Telfer, do you agree?

**Mr. Telfer:** With respect to due diligence, there is an issue as to whether you are targeting due diligence with respect to unpaid wages or you have a broader concept.

**Senator Meighen:** I am talking about unpaid wages.

**Mr. Telfer:** I agree that if you are going to broader due diligence to cover any liability, then it raises more serious issues.

**Senator Kroft:** I want to follow up on the issue of the American comparison. You noted that the American system has specific guidance concerning the breaking of contracts, for instance.

des arguments convaincants. La question de la responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires impayés a un lien suffisamment étroit avec l'insolvabilité que le gouvernement fédéral peut être justifié d'intervenir en raison de son pouvoir en matière d'insolvabilité.

Je n'ai pas l'intention de vous prodiguer des conseils professionnels. Le ministère de la Justice compte des experts des plus compétents qui pourraient facilement vous informer à ce sujet.

Cela dit, il existe un précédent en ce qui concerne l'intervention du gouvernement fédéral. En effet, la Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies comporte une disposition, ajoutée en 1997, qui autorise la conclusion d'un arrangement avec les administrateurs de la compagnie, de même qu'avec la société débitrice. Il y est aussi précisé qu'un tribunal peut rendre une ordonnance suspendant toutes poursuites ou procédures à l'égard des administrateurs de la société.

Si cette disposition s'inscrit dans les limites des pouvoirs constitutionnels du gouvernement fédéral, nous sommes déjà sur la voie d'une solution, et le Parlement pourrait adopter une disposition uniforme concernant la responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires impayés.

**Le sénateur Meighen:** Je suppose qu'en bout de ligne, notre moto devrait être: «Au diable les mines, fonçons à toute vapeur.»

**M. Ziegel:** Pas nécessairement. Tout ce que je dis, c'est qu'il faut régler le problème. Nous n'allons pas renoncer parce quelqu'un a évoqué un aspect constitutionnel.

**Le sénateur Meighen:** Si vous aviez le pouvoir de décider, accepteriez-vous une défense basée sur la diligence raisonnable de la part des administrateurs?

**M. Ziegel:** J'y serais ouvert, mais je ne peux pas parler au nom de mes collègues.

Pour ce qui est de ma philosophie personnelle, j'ai du mal à justifier que l'on impose une responsabilité stricte aux administrateurs au titre des salaires impayés, particulièrement s'il s'agit d'administrateurs de l'extérieur qui n'ont rien à voir avec le fonctionnement quotidien de l'entreprise. On peut, tout au plus, poser des questions pointues lors de l'assemblée du conseil d'administration pour s'assurer que les fonds sont disponibles pour satisfaire les revendications des employés.

**Le sénateur Meighen:** Monsieur Telfer, êtes-vous d'accord?

**M. Telfer:** Pour ce qui est de la diligence raisonnable, il faut savoir si ce concept s'appliquera strictement aux salaires impayés ou s'il aura une portée plus vaste.

**Le sénateur Meighen:** Je parle des salaires impayés.

**M. Telfer:** Je conviens que si l'on veut élargir la diligence raisonnable pour englober toute responsabilité, quelle qu'elle soit, cela soulève des questions plus sérieuses.

**Le sénateur Kroft:** Je veux revenir sur la comparaison avec les États-Unis. Vous signalez que le système américain comporte des directives précises concernant la rupture de contrats, par exemple.

It is difficult not to recite the law. In these areas, do you not end up empowering the court, given that there are appropriate circumstances? Can the law effectively envisage all the combinations of circumstances to make the provisions meaningful? Is that not why there has been an inclination to maintain flexibility in Canada, that is, because the circumstances vary so much? Or is there another line of argument altogether?

**Mr. Ziegel:** On the whole, I cannot agree. The Americans have had much more experience in this area. Chapter 11 of the American Bankruptcy Code addresses in considerable detail all the types of issues that have arisen in Canada. They provide, on the whole, clear guidelines to the U.S. courts.

I believe I am correct in saying that we cannot anticipate the vast range of issues that can arise in large reorganizations. We have accumulated a large body of experience. The proof is in the pudding.

The submissions made by the Insolvency Institute of Canada include some 70-odd recommendations for changes to the CCAA. Many of those changes involve issues that you and I have discussed this morning, senator.

Many of their members are actively involved in insolvency reorganizations. Thus, they are speaking from experience. They are reflecting their concern about the lack of specific provisions in the act.

The people who are on the front lines have the same concerns that we have included in our submissions.

As I said earlier, I think that is a red herring. It is one thing to say you want to have separate provisions for large reorganizations; I agree. The argument then is: Should the provision be outside or inside the BIA? It seems to me it is an entirely different proposition to argue that you should have an open-ended act where the courts are free to make up the rules as they go along. As a lawyer, I find that unacceptable. It offends my sense of the principle of the predictability of law and our concepts of the rule of law.

**Senator Angus:** I would like to carry on with this issue of the CCAA and what you categorize as large restructurings. As I understand it, the rationale for having legislation of this type is to enable a big company to somehow survive rather than having its assets and liabilities disappear. As I understand it, that was the rationale for chapter 11 of the U.S. bankruptcy laws. This is just one chapter.

If I am hearing you correctly this morning, I am getting the sense that you feel that chapter 11 has a lot of merit to it and, if we had similar legislation here, it would be a good thing. Am I right in that regard?

**Mr. Ziegel:** Essentially, yes.

Il est difficile de ne pas réciter la loi. Dans ces domaines, ne se trouve-t-on pas à laisser le pouvoir aux tribunaux, selon les circonstances? La législation peut-elle vraiment envisager toutes les combinaisons de circonstances possibles pour conférer un sens aux dispositions pertinentes? N'est-ce pas la raison pour laquelle, au Canada, on a souhaité maintenir une certaine souplesse, parce que les circonstances varient tellement? Ou y a-t-il des arguments tout à fait autres?

**Mr. Ziegel:** Je ne suis pas d'accord. Les Américains ont beaucoup plus d'expérience que nous dans ce domaine. Le chapitre 11 du American Brankruptcy Code examine en détail les problèmes en tous genres qui sont survenus au Canada. Dans l'ensemble, on y trouve des lignes directrices claires à l'intention des tribunaux américains.

Je ne pense pas me tromper en affirmant qu'on ne peut prévoir tout l'éventail des problèmes susceptibles de survenir lors d'importantes restructurations. Nous avons accumulé énormément d'expérience. C'est au fruit qu'on juge l'arbre.

Les mémoires soumis par l'Institut de l'insolvabilité du Canada comportent quelque 70 recommandations de changements à la loi. Bon nombre de ces changements visent des problèmes dont vous et moi avons discuté ce matin, sénateur.

De nombreux membres de l'Institut participent activement à des restructurations découlant de faillites. Par conséquent, ils parlent d'expérience et ils font état de leurs inquiétudes quant à l'absence de dispositions précises dans la mesure.

Les personnes qui oeuvrent sur la ligne de front partagent les préoccupations que nous évoquons dans nos mémoires.

Comme je l'ai dit tout à l'heure, je pense que c'est un faux problème. C'est une chose de dire que l'on souhaite avoir des dispositions distinctes pour les réorganisations d'envergure; je suis d'accord. À ce moment-là, la question qu'il faut se poser est la suivante: ces dispositions devraient-elles être intégrées ou non à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité? Il me semble que c'est autre chose d'affirmer que l'on devrait avoir une mesure ouverte, ce qui laisse aux tribunaux tout le loisir d'édicter les règles à leur guise. En tant qu'avocat, je trouve cela inacceptable. Cela va à l'encontre de l'idée que je me fais du principe de la prévisibilité du droit et du concept de la règle de droit.

**Le sénateur Angus:** Je voudrais continuer à discuter de la Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies et de ce que vous appelez les restructurations d'envergure. Si j'ai bien compris, la raison d'être d'une mesure de ce genre est de permettre à une grande société de survivre plutôt que d'être obligée d'accepter l'aliénation de son actif et de son passif. Si je ne m'abuse, c'était là la raison d'être du chapitre 11 de la législation américaine sur la faillite. C'est un seul chapitre.

Si j'ai bien compris vos propos ce matin, vous trouvez que le chapitre 11 a énormément de mérite et qu'il serait bon que nous ayons une mesure analogue. Est-ce juste?

**Mr. Ziegel:** Essentiellement, oui.

**Senator Angus:** Earlier testimony has tended, at least in my view, to disagree with the implementation of chapter 11. I happen to be more on your side, if only because of the demographics. The United States is a huge country and it has had many examples of restructurings of big corporations that have been successful and have avoided liquidations.

As I understand chapter 11, the judge has the ability to open up collective agreements and go further than we can. Obviously one of the problems with our current high profile restructuring is that the labour unions are the huge element of the debts, some \$3 billion or more. The judge, of course, is admirably trying mediation and bringing in fellow judges, but the reality is that the unions are able to say, "sorry."

What is your view on that issue?

I believe, that one of the issues that Mr. Collenette has been looking at is the possibility of amending certain statutes with a specific industry in mind as opposed to a general amendment. Again, I believe it makes some sense that in industries that are cross-border it is desirable to have uniform laws. Therefore, within the transportation, railway, and airline industries, it seems to make a lot to have the same law as the Americans because most of the creditors per force happen to be in the U.S.A. When you file here under CCAA I believe you have to also file in the U.S. and it becomes a conflict-of-law situation.

Please give me your view on amending our laws for specific industries as opposed perhaps to having an across-the-board amendment, which seems to have been offensive to some of our witnesses.

**Mr. Ziegel:** First, I will say that you put the case extremely well, senator. You asked two separate questions. First, should Canada adopt chapter 11-type provisions? In principle, I would say yes, but I want to make it clear my colleagues and I are not arguing for a verbatim copying of chapter 11 provisions. What I said earlier was that chapter 11 deals much more coherently and systematically with almost every one of the issues with which Canada is grappling. The U.S. has provided good solutions to the problems and we can learn from their example. Their experience shows that you can have specific provisions and still have successful restructuring. This notion that you need an open-ended act that leaves all the decision making to judges is, in my view, mystical; it is not founded in fact.

You asked about collective bargaining agreements and if we should confer general power on the court to authorize the breaking of agreements that are restricted to a particular industry.

**Le sénateur Angus:** D'après moi, les témoins que nous avons entendus plus tôt ne semblent pas chauds à l'idée de mettre en oeuvre le chapitre 11. Pour ma part, je penche plutôt de votre côté, ne serait-ce que pour des raisons démographiques. Les États-Unis sont un pays immense et l'on a vu de nombreux exemples réussis de restructuration de grandes sociétés qui ainsi évité la liquidation.

Selon mon interprétation du chapitre 11, le juge a la possibilité d'ouvrir les conventions collectives et d'aller plus loin que nous. Manifestement, l'un des problèmes liés à notre profil actuel de restructuration, c'est que les syndicats représentent un élément considérable de la dette, soit quelque 3 milliards ou plus. Bien sûr, le juge tente la médiation et fait intervenir ses collègues — et c'est admirable —, mais en réalité, les syndicats ont la possibilité de se retirer de la partie.

Que pensez-vous de cela?

Je crois que M. Collenette examine, entre autres, la possibilité de modifier certaines lois afin de viser un secteur en particulier, au lieu d'opter pour une modification d'application générale. Encore là, j'estime qu'il est rationnel et souhaitable d'avoir des lois uniformes dans certains secteurs transfrontaliers. Ainsi, dans le domaine du transport routier, ferroviaire et aérien, il serait tout à fait logique que nous ayons la même loi qu'aux États-Unis car la plupart des créateurs, par la force des choses, se trouvent aux États-Unis. Lorsqu'on déclare faillite ici, aux termes de la Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies, je pense qu'il faut également déclarer faillite aux États-Unis et à ce moment-là, on est en présence d'un conflit entre deux lois.

Pouvez-vous me donner votre opinion sur le bien-fondé d'une modification de nos lois qui viserait à fournir des instructions spécifiques, par opposition à une modification d'application générale, ce qui semble avoir été mal accueilli par certains de nos témoins?

**M. Ziegel:** Premièrement, vous avez fort bien résumé la situation, sénateur. Vous avez posé deux questions distinctes. Premièrement, le Canada devrait-il adopter des dispositions analogues au chapitre 11? En principe, je dirais oui, mais je tiens à préciser que mes collègues et moi-même n'exigeons pas une copie conforme des dispositions du chapitre 11. Ce que j'ai dit tout à l'heure, c'est que le chapitre 11 aborde de façon beaucoup plus cohérente et systématique pratiquement tous les problèmes auxquels se heurte le Canada. Les États-Unis ont trouvé de bonnes solutions à ces problèmes et nous pouvons tirer parti de leur exemple. Leur expérience montre qu'il est possible d'avoir des dispositions spécifiques sans nuire pour autant à la possibilité de réussir des restructurations. À mon avis, la notion voulant que nous ayons besoin d'une loi ouverte qui laisse la prise de décisions aux juges est théorique; elle n'a pas de fondement dans la réalité.

Vous avez posé une question au sujet des conventions collectives. Vous vouliez savoir si nous devrions conférer aux tribunaux le pouvoir général d'autoriser le démantèlement de conventions collectives dont la portée se limite à un secteur en particulier.

I believe we are dealing with fundamental value judgments, and this concerns me. I worry about leaving it up to the judge to decide whether his decision to bring about a restructuring is more important to the industry or to the status quo. It is not so much a matter of respect for collective bargaining as it is hoping to be able to persuade the unions that it is in their interest to agree to a modification of existing collective bargaining agreements. Do we use the compulsion of the state through the courts or do we rely on the good sense of the parties?

These are basic value judgments and the point I make is it is not the sort of fundamental judgment that we should ask the courts to make. It is a role for Parliament. When the railway workers go on strike we do not throw the problem in the hands of the court, Parliament decides whether or not it wants to order the workers back to work while the issues are being considered by a mediator. In similar fashion, I think our judges are entitled to specific guidance.

It seems to be a reasonable compromise to restrict particular industries. However, this illustrates the point I have been hammering away, senator. These are issues that should be considered by Parliament. That is why we have Parliaments. These are not issues that should be thrown into the laps of the courts. The judges have not asked for this responsibility, and if there are negative fallouts they will be blamed for trying to do an almost insuperable job.

**Senator Angus:** As you know, this committee is part of Parliament and so we are in the right ballpark at least.

**Mr. Ziegel:** I just hope that some of the ministers are listening and are not turning their backs on these issues and saying that there is no political mileage to be made here and therefore are happy to leave it with the judges.

**The Chairman:** You have made that point many times.

**Senator Angus:** I believe we are ad idem on the issue. What I see as a salutary element of chapter 11. The very fact that the threat is there and that the judge can make a ruling, if the parties do not get together, is an inducement for the parties to get together. In Canada the unions know that the court cannot do it so the unions can just give you the little smile and not play. That is, I think, the problem, and I believe you agree with that.

**Mr. Ziegel:** Except, senator, I would question your assumption that our courts do not have the power. As I indicated earlier in response to a question from Senator Kroft, at the moment we have what appear to be conflicting decisions in Canada. We have one from the Quebec Court of Appeal arising out a specific set of facts, and we have an implied assumption of the Air Canada case that the court could, if necessary, authorize the management to break a union contract.

À mon sens, cela fait appel à des jugements de valeurs fondamentales, ce qui n'est pas sans m'inquiéter. L'idée de laisser à un juge le soin de décider s'il convient d'imposer une restructuration d'envergure à un secteur ou d'opter pour le statu quo ne me plaît guère. Ce n'est pas tellement une question de respect des conventions collectives, car nous espérons être en mesure de convaincre les syndicats qu'il est dans leur intérêt d'accepter une modification des conventions collectives existantes. Faut-il recourir au pouvoir coercitif de l'État, par l'entremise des tribunaux, ou se fier au bon sens des parties en cause?

Cela implique des jugements de valeurs et, à mon avis, ce ne sont pas là des jugements qui doivent revenir aux tribunaux. C'est le rôle du Parlement. Lorsque les travailleurs ferroviaires font la grève, nous ne remettons pas le problème entre les mains des tribunaux. Le Parlement décide s'il y a lieu ou non d'ordonner un retour au travail pendant qu'un médiateur étudie les enjeux. De la même manière, je pense que nos juges ont droit à des directives spécifiques.

Restreindre l'application des dispositions à des secteurs particuliers semble un compromis raisonnable. Cependant, cela confirme l'argument que je réitère constamment, sénateur. Certains enjeux doivent être examinés par le Parlement. C'est d'ailleurs la raison d'être des parlements. Il ne s'agit pas de questions que l'on devrait confier aux tribunaux. Les juges n'ont pas demandé cette responsabilité, et s'il devait y avoir des conséquences négatives, on leur reprochera d'avoir tenté de s'attaquer à une tâche pratiquement insurmontable.

**Le sénateur Angus:** Comme vous le savez, notre comité fait partie du Parlement; nous oeuvrons au moins dans le milieu pertinent.

**M. Ziegel:** Je souhaite simplement que certains ministres sont à l'écoute. J'espère qu'ils ne se désintéressent pas du dossier en se disant qu'il ne leur rapportera pas de capital politique et qu'il vaut donc mieux laisser tout cela entre les mains des juges.

**Le président:** Vous avez répété cet argument à maintes reprises.

**Le sénateur Angus:** Je pense que nous sommes d'accord sur cette question. Voici ce que je considère un élément salutaire du chapitre 11. Le seul fait que la menace plane, qu'un juge peut rendre une décision, est une motivation pour les parties à s'entendre. Au Canada, les syndicats savent pertinemment que les tribunaux ne peuvent intervenir, de sorte qu'ils refusent tout simplement de jouer le jeu. À mon avis, c'est là le problème, et je pense que vous êtes d'accord avec moi.

**M. Ziegel:** À une exception près, sénateur. Je conteste votre hypothèse selon laquelle nos tribunaux n'ont pas ce pouvoir. Comme je l'ai dit tout à l'heure en réponse à une question du sénateur Kroft, à l'heure actuelle, il semble que nous soyons en présence de décisions contradictoires au Canada. Saisie de certains faits, la Cour d'appel a rendu une décision allant en ce sens, et nous supposons que dans l'affaire d'Air Canada, le tribunal pourrait, le cas échéant, autoriser la direction à rompre une convention collective.

I want to be absolutely fair to the court in the *Air Canada* case; the judge has not actually sell held. There was an initial order made, but it was an *ex parte* order. It was being challenged on the basis of whether Justice Farley would have to address the issue because the parties are still busy negotiating. Unlike you, I do not feel we have a firm answer at the present time.

**Senator Angus:** That is true, and it will be a higher tribunal that will likely have to decide and I suspect there will be some new jurisprudence before we all go away for the weekend in terms of that particular case. We will have to see. It would be much nicer if we had something clear so we would know.

Senator Meighen raised the issues of directors' liability, which I think were well canvassed and your views are spelled out well. You commented that CCAA provides for the judge to order a suspension of suits against directors. I believe that is only for wages and things during the CCAA process, not pre- or post-filing. Am I correct?

**Mr. Ziegel:** Basically, yes.

**Senator Angus:** Judge Farley himself has commented, quite unusually I suggest in the press, about directors being preoccupied with their liability in these big restructurings. Can you blame them?

I believe you said you do not agree with absolute or strict liability. I hope I heard you correctly because my ears perked up. This goes right to the wages and the government holdbacks and so on. Would you view a due diligence defence across the board as being at least a step forward?

**Mr. Ziegel:** Yes, I indicated earlier that philosophically I support a due diligence defence. We already have it in much legislation, we have it in the tax legislation, and I think there is a due diligence defence in the recent CBCA amendments, so there are precedents for it.

**Senator Angus:** I like what I heard about your belief in uniformity of law, especially when you are dealing in multi-jurisdictional affairs. I understand in the Canada Business Corporations Act as amended recently, there are provisions for plans of arrangement and effectively restructurings without going into the purview and the stigmatic results of insolvency legislation. Do you have any comments on that, and do those provisions in the CBCA make any sense?

**Mr. Ziegel:** I have not reflected on the CBCA amendments dealing with arrangements. I do know that in the early 1990s there were one or two cases where companies in financial difficulties resorted to the arrangement provisions in the CBCA because they were concerned about the fallout from using the CCAA. They had to avoid at all costs a formal finding of insolvency. Those were very special cases.

Je veux être tout à fait juste envers le tribunal en ce qui concerne l'affaire *Air Canada*; le juge n'a pas encore rendu une décision. Une ordonnance a été émise, mais il s'agit d'une ordonnance *ex parte*. Elle a été contestée, car on ne sait pas si le juge Farley devra se pencher sur la question parce que les parties sont encore en train de négocier. Contrairement à vous, je ne crois pas que nous ayons une réponse ferme en ce moment.

**Le sénateur Angus:** C'est exact, et ce sera probablement un tribunal d'une instance supérieure qui devra émettre un jugement, et je m'attends à ce qu'une nouvelle décision soit rendue avant la fin de semaine en ce qui concerne cette affaire. Cela reste à voir. Ce serait beaucoup mieux si une décision claire était prise.

Le sénateur Meighen a soulevé la question de la responsabilité des administrateurs, qui a été débattue à fond et à propos de laquelle vous avez bien décrit votre point de vue. Vous avez dit que la LACC prévoit qu'un juge peut ordonner la suspension de poursuites intentées contre des administrateurs. Je crois que cette disposition concerne seulement les salaires et d'autres éléments uniquement durant la période de révision de cette loi. Ai-je raison?

**Mr. Ziegel:** Essentiellement, oui.

**Le sénateur Angus:** Le juge Farley lui-même a déclaré dans les journaux, ce qui est assez étonnant à mon avis, que les administrateurs sont préoccupés par leur responsabilité lors d'importantes restructurations. Pouvons-nous les blâmer?

Je crois que vous avez dit ne pas être d'accord sur la responsabilité stricte. J'espère que je vous ai bien entendu, car vos propos m'ont étonné. Cela concerne directement les salaires et les retenues effectuées par le gouvernement. Considérez-vous une défense basée sur la diligence raisonnable comme au moins un pas en avant?

**Mr. Ziegel:** Oui. J'ai signalé plus tôt que sur le plan philosophique j'appuie une défense basée sur la diligence raisonnable. Elle existe déjà dans de nombreuses lois, notamment dans la législation fiscale et dans les modifications apportées récemment à la Loi canadienne sur les sociétés par actions, je crois. Il existe donc des précédents.

**Le sénateur Angus:** Je suis ravi d'entendre que vous préconisez l'uniformité du droit, surtout lorsqu'il s'agit d'affaires multigouvernementales. Je crois savoir que dans la Loi canadienne sur les sociétés par actions, telle qu'elle a été modifiée récemment, il existe des dispositions en matière d'arrangements qui peuvent être appliquées au lieu de celles de la loi sur l'insolvabilité. Avez-vous des commentaires à formuler à ce sujet, et estimez-vous que ces dispositions sont logiques?

**Mr. Ziegel:** Je ne me suis pas penché sur les modifications apportées à la Loi canadienne sur les sociétés par actions en ce qui concerne les arrangements. Je sais par contre qu'au début des années 90, une ou deux compagnies en difficulté financière ont eu recours aux dispositions de cette loi en matière d'arrangements, craignant les répercussions de l'application des dispositions de la LACC. Elles devaient éviter à tout prix d'être déclarées officiellement insolubles. Il s'agissait de deux cas très particuliers.

I am not aware that any of the recent restructuring cases have invoked the arrangements provisions in the CBCA. I think it might be difficult to apply them to companies that are clearly insolvent and where you require extensive orders from the court to enable the contracts to be cancelled, suspended, rewritten. There is a whole range of issues that are currently being addressed by the courts under the CCAA but not in the context of the CBCA.

**Senator Moore:** I am interested in page 29, the section in your brief with respect to trustees' conflict of interest. You state:

However, bankruptcy law is different because it is well established that once bankruptcy has ensued or the debtor has made a consumer proposal the trustee owes duties to the debtor's creditors and to the court. This gives rise to a conflict of interests between the trustee's duty to the consumer and his duties to the creditors and the court. The BIA accentuates the conflict through various provisions requiring the trustee to report to the creditors and the court on the debtor's post-bankruptcy conduct (see in particular s.170.1), thereby in effect forcing the trustee to blow the whistle on his own client.

You say that the PITF study recommendations would add to this conflict of interest, and that there is not easy solution for the current impasse, yet it is important for Parliament to take note of the conflict of interest.

We had one witness before us, Mr. Owen, of Omega One, a couple of weeks ago, and in his testimony he stated that there was not a "conflict of interest but a convergence of interests." That was his take on the situation. It looks like a conflict to me. I wonder, would your concerns be resolved if trustees were obliged to divulge in writing to prospective bankrupts, the consumers, that their primary interest is the protection of the estate and of the creditors' rights?

You mention that you do not have a solution for the impasse but you think it is important for Parliament to address the issue. Do you have a written declaration that would give some guidance so that a consumer would know what to expect from his or her trustee?

This is a very important area of the process, and you have obviously struggled with it so you must have some ideas on each side of the issue.

**Mr. Ziegel:** I am grateful to you for you raising that issue. You are quite right, my colleagues and I believe it to be an important issue, particularly since those of us who were on the Personal Insolvency Task Force did not succeed in persuading our colleagues to take it seriously.

Je ne suis au courant d'aucun cas récent de restructuration dans le cadre duquel les dispositions en matière d'arrangements de la LACC ont été invoquées. Je crois qu'il peut être difficile de les appliquer dans les cas de compagnies qui sont clairement insolubles et qui nécessitent un grand nombre d'ordonnances de la part du tribunal pour permettre l'annulation, la suspension ou la reformulation des contrats. Diverses questions sont actuellement examinées par les tribunaux en vertu de la LACC, mais non pas dans le contexte de la Loi canadienne sur les sociétés par actions.

**Le sénateur Moore:** Je m'intéresse à la partie de votre mémoire qui porte sur le conflit d'intérêts des syndics, à la page 29. Vous écrivez:

Toutefois, la législation sur la faillite est différente, car elle établit clairement que, une fois qu'il y a faillite ou que le débiteur a fait une proposition de consommateur, le syndic a des devoirs à l'égard des créateurs du débiteur et du tribunal. Cela donne lieu à un conflit d'intérêts entre le devoir du syndic envers le consommateur et ses devoirs à l'égard des créateurs et du tribunal. La LFI accentue le conflit, car elle comporte diverses dispositions qui exigent que le syndic fasse rapport aux créateurs et au tribunal de la conduite du débiteur après la faillite (voir en particulier l'article 170.1), ce qui, par conséquent, force le syndic à trahir son propre client.

Vous dites que les recommandations formulées par le groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle accroîtraient le conflit d'intérêts et qu'il n'existe aucune solution facile à l'impasse actuelle, mais qu'il est important que le Parlement prenne note de ce conflit d'intérêts.

Il y a deux semaines, nous avons reçu comme témoin M. Owen, de Omega One. Il a affirmé qu'il n'existaient pas un conflit d'intérêts, mais plutôt une convergence des intérêts. C'est son point de vue sur la situation. À mes yeux, il s'agit d'un conflit d'intérêts. Je me demande si vos préoccupations seraient apaisées si les syndics étaient obligés d'informer par écrit les faillis éventuels, les consommateurs, que leur préoccupation première est de protéger les biens et les droits des créateurs?

Vous avez déclaré n'avoir aucune solution à offrir, mais vous estimez qu'il est important que le Parlement se penche sur la question. Détenez-vous une déclaration écrite qui indiquerait à un consommateur à quoi s'attendre de la part de son syndic?

Il s'agit d'une question très importante, que vous avez de toute évidence longuement étudiée, alors vous devez avoir une idée des deux côtés de la médaille.

**Mr. Ziegel:** Je vous suis reconnaissant d'avoir soulevé le sujet. Vous avez tout à fait raison, mes collègues et moi-même estimons qu'il s'agit d'une question importante, surtout étant donné que ceux d'entre nous qui ont participé au groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle n'ont pas réussi à persuader les collègues de la prendre au sérieux.

The ideal solution would be for the trustee to only become involved in the case after the consumer has sought advise from an independent party as to whether or not he or she should go into bankruptcy and pursuant to what kind of bankruptcy.

This is not the system we have in Canada at the moment. At the moment we have trustees who advertise extensively, encouraging and inviting indebted consumers to come and consult them about their debt problems. The consumer is advised on the procedure to follow in order to resolve his or her debt problems, but the movement the debtor accepts the advice, and goes into bankruptcy, the trustee changes his or her hat and suddenly is expected to pursue the interests of the creditors.

It is not clear how the interests of creditors and debtors can be reconciled. You have put forward one suggestion, a suggestion I also put forward before another forum, that at a minimum the trustee should be required to prepare a document, perhaps a document prepared by the Office of the Superintendent of Bankruptcy, handed to the debtor at the time of bankruptcy so that the debtor will be absolutely clear in his or her mind as to what happens once bankruptcy has ensued and where he or she stands with the respect to his or her relations with the trustee.

Even so, I do not think that will go far enough. I am uncomfortable with the trustee knowing as much as he does about the debtor, and then being required to make a report to the court at the end of the month period about the debtor's conduct, as sometimes that conduct may be in breach of the act. Not only is the trustee under the existing provisions required to make this report, but also is required to make recommendations to the court. That seems to me to fly in the face of the consumer's natural assumption that the trustee is on the consumer's side.

We say in our submissions that at a minimum when it comes to recommendations the trustee should be neutral. The trustee should simply give the facts to the court and let someone else make recommendations. We have the superintendent of bankruptcy, we have the creditors, we have lots of other people, people other than the trustee who can draw their own conclusions from the established facts and tell the court what should happen.

Speaking for my colleagues and myself, we do not feel it is compatible with our established principles of loyalty to a client that the agent should be expected to breach faith with his own client, which I would argue the consumer still is at the time of these proceedings.

**Senator Moore:** You mentioned that such a document would be put to the consumer upon bankruptcy. Do you mean at the first interview? Do you mean with the first office interview with the trustee?

**Mr. Ziegel:** Yes.

**The Chairman:** Thank you, gentlemen.

The committee adjourned.

La solution idéale serait que le syndic ne prenne part au dossier seulement après que le consommateur ait demandé des conseils à une partie indépendante quant à savoir s'il devrait ou non déclarer faillite et de quel type de faillite il devrait s'agir.

Ce n'est pas de cette façon que le système fonctionne au Canada. À l'heure actuelle, les syndics conseillent énormément, ils encouragent et ils invitent les consommateurs endettés à les consulter à propos de leurs problèmes de dettes. Ils conseillent le consommateur sur la procédure à suivre pour régler ces problèmes, mais dès que le débiteur accepte les conseils et qu'il déclare faillite, le syndic change de chapeau, et on s'attend tout à coup à ce qu'il voit aux intérêts des créateurs.

La façon de concilier les intérêts des créateurs et des débiteurs n'est pas claire. Vous avez formulé une suggestion, la même que j'ai également exprimée sur une autre tribune, c'est-à-dire qu'il faudrait au moins exiger que le syndic remette au débiteur un document, préparé par lui ou peut-être par le Bureau du surintendant des faillites, au moment auquel il déclare faillite, afin qu'il comprenne clairement ce qui se produit une fois la déclaration faite et la nature de sa relation avec le syndic.

Mais je ne crois pas que cela soit suffisant. Je ne suis pas à l'aise avec le fait que le syndic, qui en sait beaucoup à propos du débiteur, doive préparer un rapport à l'intention du tribunal à propos de la conduite du débiteur, car parfois cette conduite peut contrevénir à la loi. En vertu des dispositions existantes, le syndic doit non seulement préparer ce rapport, mais il doit aussi formuler des recommandations au tribunal. Cela semble aller à l'encontre du fait que le syndic protège le consommateur, comme celui-ci le présume naturellement.

Dans notre mémoire, nous affirmons que le syndic devrait à tout le moins demeurer neutre lorsqu'il formule ses recommandations. Il devrait simplement citer les faits au tribunal et laisser à quelqu'un d'autre le soin de formuler des recommandations. Bien d'autres personnes, notamment le surintendant des faillites et les créateurs, peuvent tirer leurs propres conclusions à partir des faits et indiquer au tribunal ce qui devrait se produire.

Mes collègues et moi-même estimons qu'il est contraire aux principes établis de la loyauté envers un client qu'un agent brise la confiance de son propre client, ce qu'est en fait le consommateur au moment de la procédure.

**Le sénateur Moore:** Vous avez mentionné qu'un tel document serait remis au consommateur au moment auquel il déclare faillite. Voulez-vous dire lors du premier entretien? Parlez-vous du premier entretien avec le syndic?

**M. Ziegel:** Oui.

**Le président:** Merci, messieurs.

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

Professor Jacob Ziegel, University of Toronto;  
Professor Thomas Telfer, University of Western Ontario.

#### TÉMOINS

M. Jacob Ziegel, professeur, Université de Toronto;  
M. Thomas Telfer, professeur, Université Western Ontario.