

Industrial Wood & Allied Workers of Canada, Local 700 *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

GMAC Commercial Credit Corporation — Canada *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

T.C.T. Logistics Inc., T.C.T. Warehousing Logistics Inc., KPMG Inc., the Interim Receiver and Trustee in Bankruptcy of T.C.T. Logistics Inc. and T.C.T. Warehousing Logistics Inc., and TCT Logistics Inc., TCT Acquisition No. 1 Ltd., Atomic TCT Logistics Inc., Atomic TCT (Alberta) Logistics Inc., TCT Canada Logistics Inc., Inter-Ocean Terminals (B.C.) Ltd., Atomic Transport Inc., TCT Warehousing Logistics Inc., TCT Warehousing Logistics No. 2 Inc., R.R.S. Transport (1998) Inc., TCT Acquisition No. 2 Ltd., Tri-Line Expressways Ltd. (a successor to Tri-Line Expressways Ltd. and TCT Acquisition No. 3 Ltd.), Tri-Line Expressways, Inc., 2984008 Canada Inc., High-Tech Express & Distribution Inc., 606965 British Columbia Ltd. and 606966 British Columbia Ltd. *Respondents*

INDEXED AS: GMAC COMMERCIAL CREDIT CORP. — CANADA v. T.C.T. LOGISTICS INC.

Neutral citation: 2006 SCC 35.

File No.: 30391.

2005: November 16; 2006: July 27.

Present: McLachlin C.J. and Major,* Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

* Major J. took no part in the judgment.

Syndicat des travailleurs de l'industrie du bois et leurs alliés, section locale 700 *Appellant/Intimé au pourvoi incident*

c.

Société de crédit commercial GMAC — Canada *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

et

T.C.T. Logistics Inc., T.C.T. Warehousing Logistics Inc., KPMG Inc., séquestre intérimaire et syndic de faillite de T.C.T. Logistics Inc. et T.C.T. Warehousing Logistics Inc., et TCT Logistics Inc., TCT Acquisition No. 1 Ltd., Atomic TCT Logistics Inc., Atomic TCT (Alberta) Logistics Inc., TCT Canada Logistics Inc., Inter-Ocean Terminals (B.C.) Ltd., Atomic Transport Inc., TCT Warehousing Logistics Inc., TCT Warehousing Logistics No. 2 Inc., R.R.S. Transport (1998) Inc., TCT Acquisition No. 2 Ltd., Tri-Line Expressways Ltd. (successeur de Tri-Line Expressways Ltd. et de TCT Acquisition No. 3 Ltd.), Tri-Line Expressways, Inc., 2984008 Canada Inc., High-Tech Express & Distribution Inc., 606965 British Columbia Ltd. et 606966 British Columbia Ltd. *Intimées*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ DE CRÉDIT COMMERCIAL GMAC — CANADA c. T.C.T. LOGISTICS INC.

Référence neutre : 2006 CSC 35.

N° du greffe : 30391.

2005 : 16 novembre; 2006 : 27 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major*, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

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

* Le juge Major n'a pas pris part au jugement.

Bankruptcy and insolvency — Bankruptcy court — Jurisdiction — Whether bankruptcy judge lacks jurisdiction to determine whether interim receiver is successor employer under provincial labour relations legislation — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 47, 72(1).

Bankruptcy and insolvency — Procedure — Action against interim receiver — Bankruptcy legislation precluding proceedings against interim receiver without leave of court — Union seeking leave to bring “successor employer” application against interim receiver — Whether Mancini test applicable — Whether test different when dispute relates to receiver’s obligations to debtors’ employees represented by union — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 215.

The company TCT became insolvent and its largest secured creditor applied for an order appointing an interim receiver. The order appointing KPMG states that the receiver’s employment-related actions could not be considered those of a “successor employer”, and prohibits proceedings being taken against the interim receiver unless the court grants leave. After TCT was assigned in bankruptcy, KPMG sold most of the assets of the warehousing business to a new company. All unionized employees at the Toronto warehouse were terminated by KPMG, but some of them were later hired by the new company. Except for a change in location, the only major difference between TCT’s operations and those of the new company was the absence of the union as representative of TCT’s former employees.

The union applied to the Ontario Labour Relations Board seeking, in particular, a declaration that, as a successor employer to TCT or KPMG, the new company was bound by the collective agreement pursuant to s. 69 of the *Labour Relations Act, 1995* (“LRA”). After a stay was granted on the basis that s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”) precludes proceedings against an interim receiver or trustee without leave of the court, the union sought the necessary court approval. The bankruptcy judge amended the paragraph relating to the “successor employer” protection in the order appointing the interim receiver, but denied leave. The Court of Appeal unanimously concluded that only the labour board had jurisdiction

Faillite et insolvabilité — Tribunal de faillite — Compétence — Les juges de faillite sont-ils incompétents pour décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur pour l’application des lois provinciales sur les relations de travail? — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 47, 72(1).

Faillite et insolvabilité — Procédure — Action contre un séquestre intérimaire — Disposition législative sur la faillite interdisant l’engagement de procédures contre un séquestre intérimaire sans autorisation judiciaire préalable — Permission demandée par un syndicat en vue d’être autorisé à déposer contre un séquestre intérimaire une requête touchant le statut d’« employeur successeur » — Le critère énoncé dans l’arrêt Mancini est-il applicable? — Un critère différent s’applique-t-il lorsque le litige a trait aux obligations du séquestre envers les employés syndiqués du débiteur? — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 215.

La société TCT est devenue insolvable et le principal créancier garanti de celle-ci a demandé la nomination d’un séquestre intérimaire. L’ordonnance portant nomination de KPMG précisait que les mesures prises par le séquestre intérimaire en matière d’emploi ne pouvaient être considérées comme celles d’un « employeur successeur » et interdisait l’engagement de procédures contre le séquestre intérimaire, sauf avec l’autorisation de la cour. Après cession des biens de TCT au profit des créanciers, KPMG a vendu la plupart des éléments d’actif de l’entreprise d’entreposage à une société nouvellement formée. KPMG a mis fin à l’emploi de tous les employés syndiqués de l’entrepôt de Toronto, mais certains d’entre eux ont été réembauchés subséquemment par la nouvelle société. Exception faite du nouvel emplacement des activités, la seule différence importante dans l’exploitation de l’entreprise par TCT et par la nouvelle société était l’absence du syndicat comme représentant des anciens employés de TCT.

Le syndicat a présenté à la Commission des relations de travail de l’Ontario une requête dans laquelle il sollicitait notamment une déclaration portant que, en tant qu’employeur succédant à TCT ou KPMG, la nouvelle société était liée par la convention collective conformément à l’art. 69 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (« LRT »). Après que sa requête eût été suspendue pour le motif que l’art. 215 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (« LFI ») interdit l’introduction d’actions contre un séquestre intérimaire ou un syndic de faillite sans la permission du tribunal, le syndicat a demandé cette permission. Le juge a modifié le paragraphe relatif à la protection touchant le statut d’« employeur successeur » dans l’ordonnance nommant le

to determine who was a successor employer, but divided over the test under s. 215 for granting leave to bring successor employer applications. The majority was of the view that the traditional *Mancini* test represented too low a threshold when the proposed proceedings were successor employer applications, and that other factors should be considered to take account to a greater extent of the impact of such litigation on the bankruptcy process. Accordingly, the majority set aside the bankruptcy judge's refusal to grant leave and remitted the leave application back to him for reconsideration based on the enhanced enumerated factors. The union appealed the Court of Appeal's order denying leave, and the secured creditor cross-appealed on the issue of the bankruptcy judge's jurisdiction.

Held (Deschamps J. dissenting on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The bankruptcy court does not have jurisdiction to decide whether an interim receiver is a successor employer within the meaning of the *LRA*. The powers given to the bankruptcy court under s. 47(2) *BIA* are powers to direct the interim receiver's conduct. That section does not, explicitly or implicitly, confer authority on the bankruptcy court to make unilateral declarations about the rights of third parties affected by other statutory schemes. Further, s. 72(1) *BIA* declares that unless there is a conflict, any legislation relating to property and civil rights is deemed to be supplemental to, not abrogated by the Act. The right to seek a successor employer declaration pursuant to the *LRA* does not conflict with the bankruptcy court's authority under s. 47(2). If the s. 47 net were interpreted widely enough to permit interference with all rights which, though protected by law, represent an inconvenience to the bankruptcy process, it could be used to extinguish all rights. Explicit language would be required before such a sweeping power could be attached to s. 47. [4] [43-51]

The bankruptcy judge erred in not granting leave to the union to bring a successor employer application against the interim receiver. Under the *Mancini* test, the threshold for granting leave under s. 215 *BIA* is not

séquestre intérimaire, mais il a refusé la permission demandée. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que seule la Commission avait compétence pour se prononcer sur le statut d'employeur successeur, mais elle s'est divisée sur le critère applicable pour décider, en vertu de l'art. 215 *LFI*, s'il y a lieu d'accorder ou non la permission de présenter une demande concernant le statut d'employeur successeur. La majorité a estimé que le critère traditionnel formulé dans *Mancini* n'était pas assez exigeant lorsqu'il s'agissait d'instances relatives au statut d'employeur successeur et qu'il fallait considérer d'autres facteurs pour tenir davantage compte des conséquences de telles demandes en justice sur le processus de faillite. La majorité a en conséquence annulé le refus du juge d'accorder la permission et lui a renvoyé la demande pour qu'il la réexamine en fonction des facteurs additionnels énumérés. Le syndicat se pourvoit contre l'ordonnance de la Cour d'appel qui lui a refusé la permission d'engager des procédures, et le créancier garanti a formé un appel incident sur la question de la compétence du juge de faillite.

Arrêt (la juge Deschamps est dissidente quant au pourvoi principal) : Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : **Le tribunal de faillite n'a pas le pouvoir de décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur au sens de la *LRT*.** Le paragraphe 47(2) *LFI* accorde au tribunal de faillite le pouvoir d'enjoindre au séquestre intérimaire de faire certaines choses. Cette disposition n'a pas pour effet d'habiliter — ni explicitement ni implicitement — le tribunal de faillite à rendre des jugements déclaratoires unilatéraux sur les droits de tiers en fonction d'autres régimes législatifs. En outre, le par. 72(1) *LFI* énonce que celle-ci n'a pas pour effet d'abroger des dispositions législatives non incompatibles avec elle se rapportant à la propriété et aux droits civils, ces dispositions étant réputées s'y ajouter. Le droit de demander une déclaration touchant le statut d'employeur successeur conformément à la *LRT*, n'est pas incompatible avec le pouvoir que le par. 47(2) accorde au tribunal de faillite. Si l'article 47 pouvait recevoir une interprétation assez large pour permettre de porter atteinte à tous les droits qui, bien que protégés par la loi, gênent le processus de faillite, il pourrait être invoqué pour éteindre tout droit. Il faudrait un texte explicite pour que l'art. 47 confère un pouvoir aussi étendu. [4] [43-51]

Le juge de faillite a fait erreur en refusant d'accorder au syndicat la permission de présenter contre le séquestre intérimaire une demande relative à la qualité d'employeur successeur. Le critère énoncé dans *Mancini* à

a high one. The question under s. 215 is whether the evidence provides the required support for the cause of action sought to be asserted. If the evidence discloses a *prima facie* case, leave should be granted. The focus of the inquiry is not a determination of the merits. The threshold of the *Mancini* test strikes the appropriate balance between the protection of trustees and receivers from frivolous suits, while preserving to the maximum extent possible the rights of creditors and others as against a trustee or receiver. As a result, *Mancini* is consistent with the requirement that there be explicit statutory language before the *BIA* is interpreted so as to deprive persons of rights conferred under provincial law. Where Parliament has intended to confer immunity on trustees or receivers from certain claims, it has done so explicitly. In the absence of such express protection, the bankruptcy court should not convert the leave mechanism in s. 215 into blanket insulation for court-appointed officers. There is no reason to create a more stringent test to be applied only to claims by employees represented by unions. To impose a higher s. 215 threshold in a case involving a labour board issue is to read into the *BIA* a lower tolerance for the rights of employees represented by unions than for other creditors. Nothing in the Act suggests this dichotomy. Finally, the *Mancini* test does not in any way interfere with the protections that Parliament has deemed necessary to preserve the ability of trustees and receivers to discharge their duties flexibly and efficiently. In this case, since it cannot be said that the Union's claim is frivolous or without an evidentiary foundation, it should be allowed to proceed. [7] [55-61] [67-72] [80]

Per Deschamps J. (dissenting on the appeal): A judge who must decide whether to grant leave to bring proceedings against a trustee under s. 215 *BIA* must determine the actual scope of the remedy being sought, identify potential conflicts and tailor the leave so as to avoid a situation in which proceedings based on provincial law have the effect of hindering the discharge of the trustee's duties and responsibilities under the *BIA*. Since conflicts of jurisdiction are not tolerated in constitutional law, proceedings that lead to a constitutional conflict have no basis in law and the judge must therefore deny leave to bring them. [154]

l'égard des demandes de permission fondées sur l'art. 215 *LFI* n'est pas très exigeant. Pour l'application de cette disposition, il s'agit de déterminer si la preuve étaye la cause d'action invoquée. S'il existe une preuve *prima facie*, la permission demandée doit être accordée. Cet examen n'a pas pour objet de trancher la question au fond. Le critère énoncé dans *Mancini* établit un juste équilibre entre, d'une part, la protection des syndicats et des séquestres contre les poursuites frivoles, et, d'autre part, la protection — dans la plus large mesure possible — des droits des créanciers et autres intéressés contre les décisions et les actes des syndicats et des séquestres. En ce sens, l'arrêt *Mancini* est compatible avec l'exigence selon laquelle il faut une disposition législative explicite pour que la *LFI* puisse être interprétée de manière à priver une personne de droits conférés par une province. Lorsque le législateur a voulu protéger les syndicats ou les séquestres contre certains recours, il l'a fait explicitement. En l'absence de dispositions expresses de ce genre, le tribunal de faillite ne devrait pas convertir la procédure d'autorisation établie à l'art. 215 en mesure de protection générale en faveur des auxiliaires de justice désignés par les tribunaux. Il n'existe aucune raison de créer un critère plus exigeant, qui s'appliquerait uniquement aux recours des employés syndiqués. Resserrer le critère d'application de l'art. 215 lorsque le litige porte sur une question relevant d'une commission des relations de travail équivaut à reconnaître à la *LFI*, par interprétation, une sensibilité moins grande envers les droits des employés syndiqués qu'envers ceux des autres créanciers. Rien dans cette loi ne suggère une telle distinction. Enfin, le critère de l'arrêt *Mancini* ne restreint nullement les mesures de protection que le législateur a jugé nécessaires d'établir pour préserver la capacité des syndicats et des séquestres de s'acquitter de leurs fonctions avec souplesse et efficacité. En l'espèce, comme il est impossible d'affirmer que la demande du syndicat est frivole ou n'est appuyée d'aucune preuve, celui-ci doit être autorisé à la présenter. [7] [55-61] [67-72] [80]

La juge Deschamps (dissidente quant au pourvoi principal) : Le juge appelé à décider s'il y a lieu d'accorder la permission de poursuivre un syndic en vertu de l'art. 215 *LFI* doit évaluer concrètement la portée du recours recherché, identifier les conflits potentiels et moduler l'autorisation de façon à éviter qu'une poursuite fondée sur le droit provincial n'ait pour effet d'entraver l'exécution des devoirs et responsabilités imposés au syndic par la *LFI*. Comme le droit constitutionnel ne tolère pas les conflits de compétence, une poursuite entraînant un conflit constitutionnel n'a pas de fondement juridique et le juge doit alors refuser la permission demandée. [154]

The decision to continue operating the business is central to the trustee's role under the *BIA* and, in principle, a trustee should not be bound by obligations that interfere with the resolution of the bankruptcy. The provisions of the *BIA* that protect trustees against proceedings are a clear indication of Parliament's intent to give trustees the flexibility they need to discharge the duties imposed on them by the *BIA*. The successor employer declaration is not free of pitfalls when it applies to a trustee. The effect of such a declaration is that the trustee becomes a party to the collective agreement and becomes liable to perform all the obligations set out in that agreement, including those that were binding on the former employer before the business was transferred. Although it is common ground that the *LRA* confers the exclusive power to decide who is a "successor employer" on the Ontario Labour Relations Board, the *LRA* cannot frustrate the purpose of the *BIA*. It is therefore important to strike a balance between the trustee's duties and immunities under the *BIA* and the employees' rights under the *LRA*. In the event of conflict, the parties must refer to constitutional principles. Courts that hear disputes relating to the difficulty of applying federal and provincial statutes concurrently must attempt to reconcile the application of those statutes in a manner consistent with the respective jurisdictions of the two levels of government. Where conflict is unavoidable, however, the federal statute is paramount to the provincial statute. Hence the importance of the screening mechanism of s. 215 *BIA*, which serves the purpose of ensuring that provincial and federal statutes do not conflict with each other. Since the bankruptcy of a business affects the interests of all the creditors, not just of the employees, the bankruptcy judge is in a better position to evaluate the interests at stake and prevent conflicts. [91] [101] [103] [111-112] [116-117] [123] [127-128]

Although the criteria established in *Mancini* for applying s. 215 are easy to apply to a simple action in damages based on wrongdoing by the trustee, they must, in other cases, be tailored to the specific nature of each application for leave. The judge must assess the nature and scope of the proceeding in light of the evidence. This review does not have the effect of giving special or different treatment to successor employer declarations. When reviewing the seriousness of the cause of action, the bankruptcy judge must be vigilant and make provision for conflicts. By ensuring that the conclusions being sought do not impair the application of the *BIA* and, if need be, limiting the scope of proceedings based on a provincial statute, the bankruptcy judge permits

La décision de continuer les activités de l'entreprise est au cœur de la mission confiée au syndic par la *LFI* et, en principe, le syndic ne doit pas être assujéti à des obligations qui entravent le règlement de la faillite. Les dispositions de la *LFI* protégeant le syndic contre les poursuites indiquent clairement l'intention du Parlement de lui accorder la marge de manœuvre dont il a besoin pour accomplir les devoirs que lui impose la *LFI*. La déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur n'est pas sans créer d'embûches lorsqu'elle vise un syndic. Une telle déclaration a pour effet de faire du syndic une partie liée par la convention collective et de le rendre responsable de toutes les obligations y afférentes, y compris celles qui incombaient à l'ancien employeur avant le transfert de l'entreprise. Bien qu'il soit admis que la *LRT* confère à la Commission des relations de travail de l'Ontario le pouvoir exclusif de décider qui est « employeur successeur », la *LRT* ne saurait entraver la réalisation de l'objet de la *LFI*. Il est donc important d'identifier le point d'équilibre entre les devoirs et immunités du syndic en vertu de la *LFI* et les droits reconnus aux employés par la *LRT*. En cas de conflit, les parties doivent se reporter aux règles constitutionnelles. Les tribunaux saisis de contestations portant sur la difficulté d'appliquer concurremment des lois fédérales et provinciales doivent tenter de concilier l'application de ces lois de façon à respecter les champs de compétence respectifs des deux ordres de gouvernement. Cependant, lorsque le conflit est inévitable, la loi fédérale a prépondérance sur la loi provinciale. De là l'importance du mécanisme de filtrage de l'art. 215 *LFI* qui sert de mesure de contrôle permettant d'éviter que des lois provinciale et fédérale n'entrent en conflit l'une avec l'autre. Comme la faillite d'une entreprise met en cause les intérêts de tous les créanciers et non pas seulement ceux des employés, le juge de la cour de faillite est dans une meilleure position pour évaluer les intérêts en cause et prévenir les conflits. [91] [101] [103] [111-112] [116-117] [123] [127-128]

D'application facile lorsqu'il s'agit d'une simple poursuite en dommages-intérêts fondée sur la faute du syndic, les critères d'application de l'art. 215 énoncés dans l'arrêt *Mancini* doivent, dans les autres cas, être adaptés à la nature particulière de chaque demande. Le juge doit évaluer la nature et la portée du recours à la lumière de la preuve. Cet examen n'a pas pour effet d'accorder un traitement particulier ou différent aux déclarations attribuant la qualité d'employeur successeur. Dans l'examen du sérieux de la cause d'action, le juge de faillite doit être vigilant et prévoir les conflits. En s'assurant que les conclusions recherchées n'entravent pas l'application de la *LFI* et, au besoin, en limitant la portée d'une poursuite fondée sur une loi provinciale,

the federal statute and provincial legislation to be applied simultaneously. A judge who denies leave to bring proceedings merely avoids a conflict by relying on the paramountcy doctrine in a preventive manner. However, the bankruptcy judge must take care not to supplant the court or tribunal that will rule on the merits. The judge's first task is to enquire into the actual effect of the application, not a vaguely defined effect on the administration of the bankruptcy. The judge will be justified in limiting the scope of proceedings or denying leave to bring them only if the proceedings would genuinely hinder the trustee's work. An approach that focussed too much on the management flexibility required by the trustee could all too easily lead the judge to find that a conflict exists and would hardly be in keeping with s. 72 *BIA*, which makes express provision for the application of provincial legislation that is compatible with the federal statute. [124] [135] [143-153]

In the instant case, the unqualified conclusions sought by the union are likely to result in direct conflicts with the application of the *BIA*. Neither the facts in the record nor the positions advanced by the parties are sufficient for this Court to engage in the review that is the Superior Court's responsibility. The matter must therefore be remitted not only for a review from the constitutional standpoint, but also for a review of the seriousness of the cause of action and the sufficiency of the evidence. [162] [166]

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Mancini (Bankrupt) v. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332; **referred to:** *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, aff'd (2004), 46 C.B.R. (4th) 126; *Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 60, 2004 SCC 3; *Randfield v. Randfield* (1861), 3 De G. F. & J. 766, 45 E.R. 1075; *In re Diehl v. Carritt* (1907), 15 O.L.R. 202; *Danny's Cabaret Ltd. v. Horner*, [1980] B.C.J. No. 1293 (QL); *Virden Credit Union Ltd. v. Dunwoody Ltd.* (1982), 45 C.B.R. (N.S.) 84; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 113; *RoyNat Inc. v. Allan* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 165; *B.N.R. Holdings Ltd. v. Royal Bank* (1992), 14 C.B.R. (3d) 233; *Toronto Dominion Bank v. Alex L. Clark Ltd.* (1993), 22 C.B.R. (3d) 6; *Nicholas v. Anderson* (1996), 40 C.B.R. (3d) 32; *Burton v. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9;

le juge de faillite permet l'application simultanée de la loi fédérale et des lois provinciales. Le juge qui refuse d'autoriser une poursuite ne fait qu'éviter le conflit en recourant de façon préventive à la doctrine de la prépondérance. Le juge de faillite doit toutefois prendre garde de ne pas se substituer au tribunal qui statuera sur le fond. La tâche première du juge consiste à s'interroger sur l'effet concret de la demande et non sur quelque effet diffus de celle-ci sur l'administration de la faillite. Seule une entrave réelle au travail du syndic justifie de limiter la portée du recours ou de refuser la permission d'intenter celui-ci. Une approche trop axée sur la flexibilité requise par le syndic dans sa gestion risquerait d'amener trop facilement à conclure à l'existence d'un conflit et serait peu respectueuse de l'art. 72 *LFI* qui prévoit expressément l'application des lois provinciales compatibles avec la loi fédérale. [124] [135] [143-153]

Dans la présente affaire, les conclusions sans réserve sollicitées par le syndicat sont susceptibles d'entraîner des conflits directs avec l'application de la *LFI*. Ni les faits consignés au dossier ni les positions avancées par les parties ne permettent à notre Cour de procéder à l'examen auquel la Cour supérieure doit se livrer. Le renvoi du dossier s'impose donc non seulement pour l'évaluation du dossier sous l'angle constitutionnel, mais aussi pour l'examen du sérieux de la cause d'action et du caractère suffisant de la preuve. [162] [166]

Jurisprudence

Citée par le juge Abella

Arrêt appliqué : *Mancini (Bankrupt) c. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332; **arrêts mentionnés :** *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, conf. par (2004), 46 C.B.R. (4th) 126; *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 60, 2004 CSC 3; *Randfield c. Randfield* (1861), 3 De G. F. & J. 766, 45 E.R. 1075; *In re Diehl c. Carritt* (1907), 15 O.L.R. 202; *Danny's Cabaret Ltd. c. Horner*, [1980] B.C.J. No. 1293 (QL); *Virden Credit Union Ltd. c. Dunwoody Ltd.* (1982), 45 C.B.R. (N.S.) 84; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 113; *RoyNat Inc. c. Allan* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 165; *B.N.R. Holdings Ltd. c. Royal Bank* (1992), 14 C.B.R. (3d) 233; *Toronto Dominion Bank c. Alex L. Clark Ltd.* (1993), 22 C.B.R. (3d) 6; *Nicholas c. Anderson* (1996),

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Armitage (2000), 50 O.R. (3d) 688; *Vanderwoude v. Scott and Pichelli Ltd.* (2001), 143 O.A.C. 195; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701.

By Deschamps J. (dissenting on the appeal)

Ex parte James, In re Condon (1874), L.R. 9 Ch. App. 609; *Parsons v. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160; *L'Heureux (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 945; *Caisse populaire de Pontbriand v. Domaine St-Martin Ltée*, [1992] R.D.I. 417; *Azco Mining Inc. v. Sam Lévy & Associés Inc.*, [2000] R.J.Q. 392; *Re Reed* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 83; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 197; *Lincoln Hydro Electric Commission*, [1999] O.L.R.B. Rep. May/June 397; *Adam v. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683; *Man of Aran* (1974), 6 L.A.C. (2d) 238; *Woodbridge Hotel* (1976), 13 L.A.C. (2d) 96; *Uncle Ben's Industries*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 126; *Re United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 3054 and Cassin-Remco Ltd.* (1979), 105 D.L.R. (3d) 138; *Radio CJYQ-930 Ltd.* (1978), 34 di 617; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 2 S.C.R. 564, 2005 SCC 52; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, [2006] 1 S.C.R. 513, 2006 SCC 14; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92; *Alamo Linen Rentals Ltd. v. Spicer Macgillivry Inc.* (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 38;

40 C.B.R. (3d) 32; *Burton c. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c. Armitage* (2000), 50 O.R. (3d) 688; *Vanderwoude c. Scott and Pichelli Ltd.* (2001), 143 O.A.C. 195; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978, 2001 CSC 92; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

Citée par la juge Deschamps (dissidente quant au pourvoi principal)

Ex parte James, In re Condon (1874), L.R. 9 Ch. App. 609; *Parsons c. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160; *L'Heureux (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 945; *Caisse populaire de Pontbriand c. Domaine St-Martin Ltée*, [1992] R.D.I. 417; *Azco Mining Inc. c. Sam Lévy & Associés Inc.*, [2000] R.J.Q. 392; *Re Reed* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 83; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 197; *Lincoln Hydro Electric Commission*, [1999] O.L.R.B. Rep. May/June 397; *Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683; *Man of Aran* (1974), 6 L.A.C. (2d) 238; *Woodbridge Hotel* (1976), 13 L.A.C. (2d) 96; *Uncle Ben's Industries*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 126; *Re United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 3054 and Cassin-Remco Ltd.* (1979), 105 D.L.R. (3d) 138; *Radio CJYQ-930 Ltd.* (1978), 34 di 617; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, 2005 CSC 52; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513, 2006 CSC 14; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978, 2001 CSC 92; *Alamo Linen Rentals Ltd. c. Spicer*

Beatty Limited Partnership (Re) (1991), 1 O.R. (3d) 636; *Chastan Ventures Ltd., Re* (1993), 23 C.B.R. (3d) 115; *Willows Golf Corp. (Bankrupt), Re* (1994), 119 Sask. R. 208; *McKyes, Re*, 1996 CarswellQue 2575; *Nicholas v. Anderson* (1998), 5 C.B.R. (4th) 256; *Gallo v. Beber* (1998), 7 C.B.R. (4th) 170; *Kearney v. Feldman*, [1998] O.J. No. 5109 (QL); *Burton v. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9; *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v. Armitage* (2000), 20 C.B.R. (4th) 160; *Mann v. KPMG Inc.* (2000), 197 Sask. R. 181, 2000 SKQB 460; *Vanderwoude v. Scott & Pichelli Ltd.* (2001), 25 C.B.R. (4th) 127; *Caswan Environmental Services Inc., Re* (2001), 24 C.B.R. (4th) 191, 2001 ABQB 240; *K.D.N. Distribution & Warehousing Ltd., Re* (2002), 33 C.B.R. (4th) 77; *Canada 3000 Inc. (Re)*, [2002] O.J. No. 3266 (QL); *MacLean v. Morash* (2003), 219 N.S.R. (2d) 83, 2003 NSSC 219; *Down, Re* (2003), 46 C.B.R. (4th) 58, 2003 BCSC 1286; *Jiwani v. Devgan*, [2005] O.J. No. 2868 (QL); *105497 Ontario Inc. v. Schwartz Levinsky Feldman Inc.* (2005), 12 C.B.R. (5th) 122; *477470 Alberta Ltd., Re* (2005), 12 C.B.R. (5th) 125, 2005 ABQB 430; *588871 Ontario Ltd., Re* (1995), 33 C.B.R. (3d) 28; *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, aff'd (2004), 46 C.B.R. (4th) 126; *Mancini (Bankrupt) v. Falconi* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 90, aff'd (1993), 61 O.A.C. 332; *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. v. Jeffrey Mines Inc.*, [2003] Q.J. No. 264 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 14.06(1.2), (2), (4), 16(4), 30, 31, 37, 41(2), (8), 47, 50(9), 50.4(5), 67, 69.1, 71, 72, 80, 121, 136 to 147, 148(3), 171(6), 197(3), 215, 251, 252.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11.7(4), 11.8(1), (3), (5).
Constitution Act, 1867, ss. 91(21), 92(13).
Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, ss. 1(4), 69(2), (12), 96, 114, 116.
Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, ss. 35.1, 76(2).

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated May 2006, release 25).
 Auger, Jacques, and Albert Bohémier. "The Status of the Trustee in Bankruptcy" (2003), 37 *R.J.T.* 57.
 Bennett, Frank. *Bennett on Bankruptcy*, 8th ed. Toronto: CCH Canadian, 2005.
 Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Macgillivry Inc. (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 38; *Beatty Limited Partnership (Re)* (1991), 1 O.R. (3d) 636; *Chastan Ventures Ltd., (Re)* (1993), 23 C.B.R. (3d) 115; *Willows Golf Corp. (Bankrupt), Re* (1994), 119 Sask. R. 208; *McKyes, Re*, 1996 CarswellQue 2575; *Nicholas c. Anderson* (1998), 5 C.B.R. (4th) 256; *Gallo c. Beber* (1998), 7 C.B.R. (4th) 170; *Kearney c. Feldman*, [1998] O.J. No. 5109 (QL); *Burton c. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9; *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada c. Armitage* (2000), 20 C.B.R. (4th) 160; *Mann c. KPMG Inc.* (2000), 197 Sask. R. 181, 2000 SKQB 460; *Vanderwoude c. Scott & Pichelli Ltd.* (2001), 25 C.B.R. (4th) 127; *Caswan Environmental Services Inc., Re* (2001), 24 C.B.R. (4th) 191, 2001 ABQB 240; *K.D.N. Distribution & Warehousing Ltd., Re* (2002), 33 C.B.R. (4th) 77; *Canada 3000 Inc. (Re)*, [2002] O.J. No. 3266 (QL); *MacLean c. Morash* (2003), 219 N.S.R. (2d) 83, 2003 NSSC 219; *Down, Re* (2003), 46 C.B.R. (4th) 58, 2003 BCSC 1286; *Jiwani c. Devgan*, [2005] O.J. No. 2868 (QL); *105497 Ontario Inc. c. Schwartz Levinsky Feldman Inc.* (2005), 12 C.B.R. (5th) 122; *477470 Alberta Ltd., Re* (2005), 12 C.B.R. (5th) 125, 2005 ABQB 430; *588871 Ontario Ltd., Re* (1995), 33 C.B.R. (3d) 28; *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, conf. par (2004), 46 C.B.R. (4th) 126; *Mancini (Bankrupt) c. Falconi* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 90, conf. par (1993), 61 O.A.C. 332; *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Mine Jeffrey inc.*, [2003] R.J.Q. 420.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21), 92(13).
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 1(4), 69(2), (12), 96, 114, 116.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 14.06(1.2), (2), (4), 16(4), 30, 31, 37, 41(2), (8), 47, 50(9), 50.4(5), 67, 69.1, 71, 72, 80, 121, 136 à 147, 148(3), 171(6), 197(3), 215, 251, 252.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.7(4), 11.8(1), (3), (5).
Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, ch. W-11, art. 35.1, 76(2).

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated May 2006, release 25).
 Auger, Jacques, and Albert Bohémier. « The Status of the Trustee in Bankruptcy » (2003), 37 *R.J.T.* 57.
 Bennett, Frank. *Bennett on Bankruptcy*, 8th ed. Toronto : CCH Canadian, 2005.
 Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

Carter, Donald D., Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed., vols. 1 and 3. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2006, release 5).

Lederman, W. R. “The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada” (1963), 9 *McGill L.J.* 185.

Roman, Andrew J., and M. Jasmine Sweatman. “The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77.

Tay, Derrick C. A. “The *Bankruptcy and Insolvency Act*: Striking a Balance Between the Rights of the Debtor and its Creditors”, article VI in *Implications of the New Bankruptcy and Insolvency Act*. Toronto: Insight Press, 1993.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, MacPherson and Cronk J.J.A.) (2004), 71 O.R. (3d) 54, 238 D.L.R. (4th) 677, 185 O.A.C. 138, 48 C.B.R. (4th) 256, [2004] O.J. No. 1353 (QL), setting aside a decision of Ground J. (2003), 42 C.B.R. (4th) 221, [2003] O.J. No. 1603 (QL). Appeal allowed, Deschamps J. dissenting. Cross-appeal dismissed.

Stephen Wahl and Andrew J. Hatnay, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Orestes Pasparakis and Susan E. Rothfels, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Benjamin Zarnett and Frederick L. Myers, for the respondent KPMG Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

ABELLA J. — Bankruptcy suspends the economic independence of an enterprise or individual. No longer can operational choices be made by the owner of a business. These become instead the responsibility of the receiver or trustee appointed by the court to salvage as much of the business's financial remains as possible for the benefit of creditors.

Carter, Donald D., Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague : Kluwer Law International, 2002.

Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed., vols. 1 and 3. Toronto : Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2006, release 5).

Lederman, W. R. « The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada » (1963), 9 *McGill L.J.* 185.

Roman, Andrew J., and M. Jasmine Sweatman. « The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act : The War is Over » (1992), 71 *R. du B. can.* 77.

Tay, Derrick C. A. « The *Bankruptcy and Insolvency Act* : Striking a Balance Between the Rights of the Debtor and its Creditors », article VI in *Implications of the New Bankruptcy and Insolvency Act*. Toronto : Insight Press, 1993.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, MacPherson et Cronk) (2004), 71 O.R. (3d) 54, 238 D.L.R. (4th) 677, 185 O.A.C. 138, 48 C.B.R. (4th) 256, [2004] O.J. No. 1353 (QL), qui a infirmé une décision du juge Ground (2003), 42 C.B.R. (4th) 221, [2003] O.J. No. 1603 (QL). Pourvoi accueilli, la juge Deschamps est dissidente. Pourvoi incident rejeté.

Stephen Wahl et Andrew J. Hatnay, pour l'appellant/intimé au pourvoi incident.

Orestes Pasparakis et Susan E. Rothfels, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Benjamin Zarnett et Frederick L. Myers, pour l'intimée KPMG Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

LA JUGE ABELLA — La faillite suspend l'indépendance financière d'une entreprise ou d'un particulier. Le propriétaire d'une entreprise ne peut plus prendre de décisions touchant l'exploitation de celle-ci. Ces décisions deviennent alors la responsabilité du séquestre ou du syndic, lequel est nommé par le tribunal pour sauver tout ce qu'il peut des restes de l'entreprise au profit des créanciers.

2 Those creditors include unionized employees. The issue in this appeal is the extent to which the rights of those employees must yield to the overall objective in a bankruptcy of maximizing the ability of creditors to minimize their losses. In particular, the issue is whether those employees are entitled to the same access to a remedy as other stakeholders who attempt to impugn a receiver's or trustee's conduct.

3 The analysis engages both the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, and the Ontario *Labour Relations Act*, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A.

4 Three provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act* are engaged by the circumstances of this case. The first is s. 47, authorizing a judge to appoint and supervise an interim receiver to take possession and control of, or otherwise deal with the debtor's property. The second is s. 215, which immunizes the conduct of receivers and trustees from lawsuits unless prior judicial authorization is obtained. The third is s. 72(1), declaring that unless there is a conflict with the Act, any legislation relating to property and civil rights is deemed to be supplemental to, not abrogated by the federal *Bankruptcy and Insolvency Act*.

5 The relevant provisions of the *Labour Relations Act*, 1995 are ss. 69(2), 69(12), 114(1) and 116, the combined effect of which is to give to the Ontario Labour Relations Board exclusive and final authority to determine whether a financial transaction constitutes a sale of a business, thereby triggering the obligation, as a "successor employer", to honour any collective agreements of the acquired business.

6 The issue which animates the interpretive interplay between these provisions is whether to endorse the current judicial approach set out in *Mancini (Bankrupt) v. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332 (C.A.), to determinations under s. 215 of the *Bankruptcy*

Ces créanciers peuvent comprendre des employés syndiqués. Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelle mesure les droits de ces employés doivent céder le pas devant l'objectif global du processus de faillite, à savoir maximiser la capacité des créanciers de réduire leurs pertes au minimum. Plus particulièrement, la Cour doit décider si ces employés disposent du même droit de recours que les autres intéressés pour contester la conduite du séquestre ou du syndic.

Cette analyse fait intervenir tant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, que la loi ontarienne intitulée *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A.

Les faits en cause nécessitent l'examen de trois dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* : l'art. 47, qui autorise un juge à nommer un séquestre intérimaire et à lui enjoindre de prendre possession des biens du débiteur, d'exercer un contrôle sur eux et de prendre toute autre mesure indiquée; l'art. 215, qui met les séquestres et syndics à l'abri de poursuites intentées sans autorisation judiciaire préalable; le par. 72(1), qui énonce que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'a pas pour effet d'abroger des dispositions législatives non incompatibles avec elle se rapportant à la propriété et aux droits civils, lesquelles sont réputées s'y ajouter.

Les dispositions pertinentes de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* sont les par. 69(2), 69(12) et 114(1) et l'art. 116 qui, ensemble, ont pour effet de conférer à la Commission des relations de travail de l'Ontario (la « Commission ») le pouvoir exclusif de rendre une décision ayant force de chose jugée sur la question de savoir si une opération constitue la vente d'une entreprise, imposant à l'acquéreur, en tant qu'« employeur successeur » l'obligation de respecter les conventions collectives liant l'entreprise qu'il a acquise.

Il s'agit, par l'interprétation de ces dispositions interreliées, d'établir s'il y a lieu d'entériner la position jurisprudentielle actuelle, exposée dans l'arrêt *Mancini (Bankrupt) c. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332 (C.A.), à l'égard des décisions rendues sous le

and *Insolvency Act* granting or withholding permission to sue a receiver or trustee.

For over a decade, the reigning test for mediating between the protection from litigation for those administering a bankrupt estate, and the right to sue them for this very administration, has been the one set out in *Mancini*. In essence, the three principles summarized in *Mancini* preclude frivolous, vexatious or manifestly unmeritorious claims from proceeding. For the reasons that follow, unlike the majority in the Court of Appeal, I see no reason to dethrone it and create a higher test to be applied only to claims by employees represented by unions.

I. Background

The bankrupt, T.C.T. Logistics Inc., was one of a number of related companies (collectively “TCT”) operating a trucking, freight brokerage and warehousing business of high-tech goods in Canada and the United States. TCT operated its warehouse business from several sites, one of which was in Toronto.

Forty-two employees at the Toronto warehouse were represented by the Industrial Wood & Allied Workers of Canada, Local 700 (“Union”). On their behalf, the Union entered into a collective agreement with TCT. The term of the agreement was from May 1, 2000 until April 30, 2004.

During the course of the collective agreement, TCT became insolvent. GMAC Commercial Credit Corporation — Canada (“GMAC”), TCT’s largest secured creditor, applied under s. 47 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* for an order appointing KPMG Inc. (“KPMG”) as interim receiver. The Union was not given notice of this application.

The order was made on January 24, 2002. It provides for the termination of all employees

régime de l’art. 215 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* en matière d’autorisation de poursuivre un séquestre ou un syndic.

Pendant plus d’une décennie, c’est le critère établi dans *Mancini* qui a présidé à la conciliation, d’une part, de la protection des personnes chargées d’administrer l’actif des faillis contre les poursuites, et, d’autre part, du droit de poursuivre ces personnes relativement à cette même administration. Essentiellement, les trois principes résumés dans *Mancini* empêchent les instances frivoles, vexatoires ou manifestement non fondées d’aller de l’avant. Contrairement à la majorité de la Cour d’appel, et pour les motifs exposés ci-après, je ne vois aucune raison d’écarter ce critère et d’en créer un autre plus exigeant, qui s’appliquerait uniquement aux recours des employés syndiqués.

I. Contexte

La faillie, T.C.T. Logistics Inc., faisait partie d’un groupe de sociétés liées (collectivement « TCT ») qui exploitait une entreprise de camionnage, de courtage, de fret et d’entreposage en rapport avec des marchandises de haute technologie au Canada et aux États-Unis. TCT exploitait plusieurs entrepôts, dont un à Toronto.

La Section locale 700 du Syndicat des travailleurs de l’industrie du bois et leurs alliés (le « Syndicat ») représentait 42 employés de l’entrepôt de Toronto. Le Syndicat avait conclu en leur nom une convention collective avec TCT pour la période allant du 1^{er} mai 2000 au 30 avril 2004.

TCT est devenue insolvable pendant cette période. La Société de crédit commercial GMAC — Canada (« GMAC »), principale créancière garantie de TCT, a demandé en vertu de l’art. 47 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* une ordonnance portant nomination de KPMG Inc. (« KPMG ») comme séquestre intérimaire. Le Syndicat n’a pas été avisé de cette demande.

L’ordonnance, qui a été rendue le 24 janvier 2002, précisait que l’emploi de tous les employés

7

8

9

10

11

“effective immediately”, but it also gives KPMG authority to hire or fire any of TCT’s employees.

12 The order explicitly states that KPMG’s employment-related actions could not be considered those of a “successor employer”. The order also prohibits proceedings being taken against the interim receiver unless the court grants leave, and then only if KPMG’s solicitor/client costs in such proceedings are secured by court order.

13 The provision at the heart of this litigation is para. 15 of the order, the central provision insulating KPMG from a successor employer designation and more elaborately protecting it from employment obligations arising under either provincial or federal legislation. It states:

EMPLOYEES

15. THIS COURT ORDERS that the employment of employees of the Debtors, including employees on maternity leave, disability leave and all other forms of approved absence is hereby terminated effective immediately prior to the appointment of the Receiver. Notwithstanding the appointment of the Receiver or the exercise of any of its powers or the performance of any of its duties hereunder, or the use or employment by the Receiver of any person in connection with its appointment and the performance of its powers and duties hereunder, the Receiver is not and shall not be deemed or considered to be a successor employer, related employer, sponsor or payer with respect to any of the employees of any of the Debtors or any former employees within the meaning of the *Labour Relations Act* (Ontario), the *Employment Standards Act* (Ontario), the *Pension Benefits Act* (Ontario), *Canada Labour Code*, *Pension Benefits Standards Act* (Canada) or any other provincial, federal, or municipal legislation or common law governing employment or labour standards, (the “Labour

prenait fin [TRADUCTION] « immédiatement », mais donnait également à KPMG le pouvoir d’embaucher ou de congédier tout employé de TCT.

L’ordonnance indiquait expressément que les mesures prises par KPMG en matière d’emploi ne pouvaient être considérées comme celles d’un « employeur successeur ». Elle interdisait aussi que soit engagée contre le séquestre intérimaire quelque procédure que ce soit, sauf avec l’autorisation de la cour et, même là, uniquement à la condition que le paiement des dépens procureur-client de KPMG dans le cadre d’une telle procédure soit garanti au moyen d’une ordonnance judiciaire.

La mesure formant le nœud du présent litige est le par. 15 de l’ordonnance. Il s’agit de la principale disposition protégeant KPMG contre toute désignation à titre d’« employeur successeur » et, de manière plus précise, contre les obligations en matière d’emploi découlant de lois fédérales ou provinciales. Cette disposition prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

EMPLOYÉS

15. LA COUR ORDONNE que l’emploi des employés des débiteurs, y compris des employés absents en congé de maternité, en congé d’invalidité ou pour toute autre cause d’absence approuvée, prenne fin immédiatement avant la nomination du séquestre. Malgré la nomination du séquestre ou l’exercice de l’un quelconque des pouvoirs et attributions prévus par la présente ordonnance ou encore l’embauche ou le recours aux services de toute personne par le séquestre en rapport avec sa nomination et l’exercice de ses pouvoirs et attributions, le séquestre n’est pas et ne saurait être réputé ou considéré employeur successeur, employeur lié, promoteur d’un régime de retraite ou payeur à l’égard d’un employé ou ancien employé des débiteurs, au sens de la *Loi sur les relations de travail* (Ontario), de la *Loi sur les normes d’emploi* (Ontario), de la *Loi sur les régimes de retraite* (Ontario), du *Code canadien du travail*, de la *Loi sur les normes de prestation de pension* (Canada), de toute autre mesure législative fédérale, provinciale ou municipale ou règles de common law régissant l’emploi ou les normes de

Laws”) or any other statute [*sic*], regulation or rule of law or equity for any purpose whatsoever, or any collective agreement or other contract between any of the Debtors and any of their present or former employees, or otherwise. In particular, the Receiver shall not be liable to any of the employees of any of the Debtors for any wages (as “wages” are defined in the *Employment Standards Act* (Ontario)), including severance pay, termination pay and vacation pay, except for such wages as the Receiver may specifically agree to pay. The Receiver shall not be liable for an [*sic*] contribution or other payment to any pension or benefit fund.

Paragraph 14 of the order is also relevant:

THIS COURT ORDERS AND DECLARES that nothing in this Order shall constitute the Receiver as the employer of the employees of any of the Debtors and further orders and declares that the appointment of the Receiver will not constitute a sale of the business of any of the Debtors.

Pursuant to a further order, KPMG was directed to file an assignment in bankruptcy on behalf of TCT and the related companies. The assignment was filed on February 25, 2002. KPMG was appointed trustee in bankruptcy.

KPMG did not give notice to TCT’s employees before it had obtained the January 24 order permitting it to terminate their employment. The Union, upon learning about the order, wrote to TCT and KPMG on February 1, 2002 advising them that, in its view, any collective bargaining rights under the Ontario *Labour Relations Act, 1995* remained “operative and in full force and effect”.

KPMG met with the employees on February 25, advising them that the business would be continuing in order to evaluate potential sales of the warehousing business. KPMG asked the employees for their loyalty and support “to allow us to maximize the enterprise value for all stakeholders”.

travail (les « lois sur le travail ») ou de toute autre mesure législative ou réglementaire ou règle de droit ou d’équité, ou de quelque convention collective ou autre contrat liant l’un ou l’autre des débiteurs et l’un quelconque de leurs employés, anciens ou actuels. Plus particulièrement, le séquestre n’assume aucune responsabilité envers les employés des débiteurs pour les salaires (au sens de la *Loi sur les normes d’emploi* (Ontario)), ce qui comprend l’indemnité de cessation d’emploi, l’indemnité de licenciement et l’indemnité de vacances, exception faite des salaires que le séquestre peut expressément consentir à verser. Le séquestre n’assume aucune responsabilité relativement à quelque contribution ou autre paiement à un fonds de retraite ou une caisse de retraite.

Le paragraphe 14 de l’ordonnance est pertinent lui aussi :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE ET DÉCLARE que la présente ordonnance n’a pas pour effet de faire du séquestre l’employeur des employés de l’un ou l’autre des débiteurs, et que la nomination du séquestre ne constitue pas la vente de l’entreprise de l’un ou l’autre des débiteurs.

Une ordonnance subséquente a enjoint à KPMG de procéder à une cession de biens au nom de TCT et des sociétés liées. La cession a été déposée le 25 février 2002. KPMG a été nommée syndic de faillite.

KPMG n’a donné aucun avis aux employés de TCT avant d’avoir obtenu l’ordonnance du 24 janvier l’autorisant à mettre fin aux emplois. En apprenant l’existence de l’ordonnance, le Syndicat a écrit à TCT et à KPMG le 1^{er} février 2002, leur disant qu’à son avis tous les droits de négociation collective prévus par la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario demeuraient [TRADUCTION] « en vigueur et continuaient de produire tous leurs effets ».

KPMG a rencontré les employés le 25 février et les a informés qu’elle continuerait l’exploitation de l’entreprise afin d’évaluer les possibilités de vente du secteur de l’entrepôt. Elle a fait appel à leur loyauté et à leur appui pour lui [TRADUCTION] « permettre de maximiser la valeur de l’entreprise pour le bénéfice de tous les intéressés ».

14

15

16

17

18 Subsequently, because of the rapid deterioration of the warehousing business, KPMG sought to sell it as a going concern as quickly as possible. On April 12, KPMG agreed to sell most of the assets of the warehousing business to Spectrum Supply Chain Solutions Inc., a newly formed company.

19 On April 16, KPMG informed the employees about the Spectrum deal and of its intention to seek court approval two days later. An order approving the transaction was obtained on April 18. The closing was scheduled to take place on April 19, 2002.

20 The leasehold interest in the Toronto warehouse was not one of the assets Spectrum purchased. As a result, KPMG decided to wind down its operations and disclaim the lease. It asked Spectrum to manage this process from April 19 until May 23, the date by which KPMG was obliged to vacate the Toronto premises. The resulting management agreement between Spectrum and KPMG entitled Spectrum to any revenues earned during that period in exchange for incurring the costs of winding down the Toronto operation.

21 All unionized employees at the Toronto warehouse were terminated by KPMG on May 9. Some of them were later hired by Spectrum. These hirings were not in accordance with the Union's seniority list.

22 As a result, the Union applied to the Ontario Labour Relations Board on May 13, seeking the following relief under the Ontario *Labour Relations Act, 1995*:

- a declaration that Spectrum was the successor employer to TCT and/or KPMG, and, accordingly, bound by the Union's collective agreement with TCT (under s. 69 of the Act);
- a declaration that TCT and Spectrum were a single employer for labour relations purposes (under s. 1(4) of the Act);
- a declaration of unfair labour practices against TCT and/or KPMG and Spectrum for

Par la suite, comme l'entreprise d'entreposage se dégradait rapidement, KPMG a cherché à la vendre le plus promptement possible comme entreprise en exploitation. Le 12 avril, KPMG a accepté de vendre la plupart des éléments d'actif de l'entreprise d'entreposage à Spectrum Supply Chain Solutions Inc., société nouvellement formée.

Le 16 avril, KPMG a informé les employés de l'entente avec Spectrum et de son intention de demander l'approbation du tribunal deux jours plus tard. Une ordonnance approuvant la transaction a été rendue le 18 avril. L'entente devait être signée le 19 avril 2002.

Le droit de tenure à bail afférent à l'entrepôt de Toronto ne faisait pas partie des éléments d'actif acquis par Spectrum. KPMG a donc décidé de liquider les opérations et de renoncer au bail. Elle a demandé à Spectrum de gérer ce processus du 19 avril au 23 mai, date à laquelle KPMG était tenue de quitter les locaux de Toronto. L'accord de gestion conclu en ce sens par Spectrum et KPMG accordait à Spectrum les revenus réalisés pendant cette période en contrepartie des frais faits par cette dernière pour liquider l'entreprise de Toronto.

KPMG a mis fin à l'emploi de tous les employés syndiqués de Toronto le 9 mai. Spectrum a subéquemment réembauché certains d'entre eux, mais sans suivre la liste d'ancienneté établie par le Syndicat.

Le 13 mai, le Syndicat a en conséquence présenté à la Commission une requête fondée sur la *Loi de 1995 sur les relations de travail provinciale* afin d'obtenir :

- une déclaration portant que Spectrum avait succédé comme employeur à TCT ou KPMG et qu'elle était donc liée par la convention collective conclue avec TCT (art. 69 de la Loi);
- une déclaration portant que TCT et Spectrum constituaient un seul employeur relativement aux relations de travail (par. 1(4) de la Loi);
- une déclaration portant que TCT ou KPMG et Spectrum s'étaient livrées à des pratiques

entering into an agreement discriminating against unionized employees and eliminating the Union in Spectrum's workforce (under s. 96 of the Act); and

- an order certifying the Union as the exclusive bargaining agent for Spectrum's employees.

The underlying premise of the Union's application to the Ontario Labour Relations Board was that Spectrum was incorporated for the sole purpose of acquiring TCT's warehousing business and had colluded with KPMG to operate TCT's business at a different location under substantially the same management. Except for the new location, the only major difference between TCT's operations and those of Spectrum was the absence of the Union. The president of Spectrum had been the vice-president, Warehousing and Logistics, of TCT; several of the warehousing managers of TCT became managers of Spectrum; and Spectrum set up the warehousing operations in its new Toronto location with essentially the same customers as TCT.

Relying primarily on s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* which prevents proceedings against an interim receiver or trustee in bankruptcy without leave of the court, KPMG obtained a stay of the Union's application from the Ontario Labour Relations Board.

The Union accordingly sought the necessary court approval. In its motion to the bankruptcy judge, it asked for the deletion of those portions of the January 24 order which had declared KPMG's conduct incapable of scrutiny under federal or provincial labour and employment legislation. It also sought to strike the security for costs provision.

The bankruptcy judge agreed that the costs requirement was unduly onerous and deleted it ((2003), 42 C.B.R. (4th) 221). He declined, however, to delete that part of the order declaring that the

déloyales de travail en concluant une entente discriminatoire à l'endroit des employés syndiqués et en éliminant le Syndicat de la main-d'œuvre de Spectrum (art. 96 de la Loi);

- une ordonnance accréditant le Syndicat à titre d'agent négociateur exclusif des employés de Spectrum.

Dans sa requête à la Commission, le Syndicat prétend fondamentalement que Spectrum a été constituée en personne morale à seule fin d'acquiescer l'entreprise d'entreposage de TCT et a conclu avec KPMG un arrangement collusif en vue d'exploiter l'entreprise de TCT à un autre endroit mais substantiellement sous la même direction. Exception faite du nouvel emplacement, la seule différence importante dans l'exploitation de l'entreprise par TCT et par Spectrum était l'absence du Syndicat. Le président de Spectrum était l'ancien vice-président à l'entreposage et à la logistique de TCT, plusieurs des gestionnaires d'entrepôt de TCT étaient devenus gestionnaires pour Spectrum et l'entreprise d'entreposage installée dans de nouveaux locaux à Toronto par Spectrum desservait essentiellement les mêmes clients que TCT.

Invoquant principalement l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, lequel interdit l'introduction d'actions contre un séquestre intérimaire ou un syndic de faillite sans la permission du tribunal, KPMG a obtenu de la Commission la suspension de la requête présentée par le Syndicat.

Le Syndicat s'est donc adressé aux tribunaux pour obtenir la permission nécessaire. Dans sa requête au juge de faillite, il a demandé la radiation des dispositions de l'ordonnance du 24 janvier qui mettaient la conduite de KPMG à l'abri de tout examen sous le régime des lois fédérales ou provinciales en matière de travail et d'emploi. Il a de plus sollicité la radiation de la disposition relative au cautionnement pour dépens.

Le juge de faillite a reconnu que l'exigence relative au cautionnement était indûment onéreuse et l'a supprimée ((2003), 42 C.B.R. (4th) 221). Il a toutefois refusé de radier la disposition de l'ordonnance

23

24

25

26

interim receiver could not be found to be a “successor employer” under the *Labour Relations Act, 1995*.

27

In the course of his analysis, the bankruptcy judge made a number of observations. Since interim receivership orders are designed to enhance the value of the bankrupt estate as much as possible, and since this objective may sometimes best be realized by continuing the operation of a debtor’s business pending a sale, the court was entitled to consider the policy implications of exposing interim receivers or trustees to the risk of being successor employers. Moreover, eliminating the risk of an obligation that might otherwise accrue from continuing a business as a going concern offers employees the possibility of employment with a subsequent purchaser.

28

The bankruptcy judge concluded that it would be unduly burdensome on an interim receiver, and incompatible with its duties, to impose the requirements flowing from a successor employer designation on a receiver engaged in such temporary and limited employment relationships.

29

However, applying the “ancillary” or “necessarily incidental” doctrine crafted by Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 (refined by Iacobucci J. in *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, and by LeBel J. in *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31), the bankruptcy judge concluded that the “successor employer provisions” of the order were only “sufficiently integrated” with the legislative scheme of the *Bankruptcy and Insolvency Act* if the interim receiver was carrying on the bankrupt’s business for the purpose of an orderly liquidation of the bankrupt’s assets or of effecting a sale of the bankrupt’s business as a going concern. He relied on Farley J.’s distinction in *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146 (Ont. S.C.J.),

portant que le séquestre intérimaire ne pouvait être considéré comme « employeur successeur » pour l’application de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*.

Dans son analyse, le juge de faillite a fait certaines observations. Comme les ordonnances désignant un séquestre intérimaire visent à accroître le plus possible la valeur de l’actif du failli, et que la réalisation de cet objectif peut parfois exiger la poursuite de l’exploitation de l’entreprise du débiteur jusqu’à sa vente, le tribunal était admis à prendre en compte les conséquences que pourrait avoir le fait d’exposer les séquestres intérimaires ou les syndics au risque qu’ils soient considérés comme des employeurs successeurs. Il a en outre souligné que le fait d’écarter le risque pour le syndic ou le séquestre d’avoir à assumer des obligations qu’entraînerait autrement la poursuite des activités d’une entreprise offre aux employés la possibilité de travailler pour un acquéreur subséquent.

Le juge de faillite a conclu que, vu la nature temporaire et limitée des relations d’emploi, il serait trop onéreux pour le séquestre intérimaire — et de surcroît incompatible avec ses fonctions — de lui imposer les exigences accompagnant l’attribution de la qualité d’employeur successeur.

Toutefois, appliquant la doctrine de la « compétence accessoire » ou de l’effet « nécessairement accessoire » formulée par le juge en chef Dickson dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 (puis précisée par le juge Iacobucci dans *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, et par le juge LeBel dans *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31), le juge de faillite a statué que les [TRADUCTION] « dispositions relatives à l’employeur successeur » de l’ordonnance n’étaient « suffisamment intégrées » au régime législatif de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* que si le séquestre intérimaire exploitait l’entreprise du failli afin de procéder à la liquidation ordonnée des éléments d’actif de celui-ci ou

between a receiver (or trustee) acting “*qua realizer*” of the assets and acting “*qua employer*”. When acting “*qua realizer*”, the receiver was entitled to immunity from successor employer provisions.

The bankruptcy judge accordingly amended para. 15 of the order by adding language clarifying that the “successor employer” protection was only valid if KPMG was acting “*qua realizer*” and its conduct was for the purpose of preserving, protecting or liquidating the debtor’s assets. The specific language added to the second sentence of para. 15 was:

for the purpose of preserving, protecting and realizing upon the assets of the Debtors by effecting a sale or sales of the assets or of the business of the Debtors as a going concern or otherwise or for the purpose of effecting an orderly liquidation of the assets of the Debtors.

Since in his view KPMG was carrying on the business as a going concern for these very purposes and acting “*qua realizer*”, it was therefore entitled to the protection stipulated in the January 24 order.

Turning to s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the bankruptcy judge denied the Union leave to bring proceedings against KPMG at the Ontario Labour Relations Board. Since he had concluded that the provisions of the order in relation to KPMG’s status as a successor employer were valid as amended, he saw no basis on which leave should be granted to bring a proceeding seeking relief contrary to the terms of the order.

On appeal by the Union to the Court of Appeal, there were two issues:

- Did the bankruptcy judge have jurisdiction under s. 47(2) of the *Bankruptcy and Insolvency*

de vendre l’entreprise comme entreprise en exploitation. Il s’est appuyé sur la distinction établie par le juge Farley dans *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146 (C.S.J. Ont.), entre un séquestre (ou syndic) qui agit « en tant que liquidateur » et un séquestre (ou syndic) qui agit « en tant qu’employeur ». Le premier a le droit d’être soustrait à l’application des dispositions relatives à l’employeur successeur.

Le juge de faillite a donc modifié le par. 15 de l’ordonnance en précisant que la protection accordée à KPMG contre la désignation d’« employeur successeur » n’était valide que si cette dernière agissait « en tant que liquidateur » et que les mesures qu’elle prenait tendaient à sauvegarder, protéger ou liquider l’actif du débiteur. Le passage qu’il a ajouté à la deuxième phrase du par. 15 est rédigé comme suit :

[TRADUCTION] dans le but de sauvegarder, de protéger et de réaliser l’actif des débiteurs au moyen de la vente des éléments d’actif ou de l’entreprise des débiteurs comme entreprise en exploitation ou autrement, ou dans le but de procéder à la liquidation ordonnée de l’actif des débiteurs.

Étant d’avis que KPMG exploitait l’entreprise précisément dans ce but et qu’elle agissait « en tant que liquidateur », le juge de faillite a statué qu’elle avait droit à la protection prévue par l’ordonnance du 24 janvier.

Le juge de faillite a refusé au Syndicat, en vertu de l’art. 215 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, la permission d’intenter des procédures contre KPMG devant la Commission. Comme il avait conclu que, telles qu’elles avaient été modifiées, les dispositions de l’ordonnance se rapportant à la qualité de KPMG en tant qu’employeur successeur étaient valides, il a estimé que rien ne justifiait d’autoriser un recours allant à l’encontre des modalités de l’ordonnance.

L’appel formé par le Syndicat devant la Cour d’appel soulevait les deux questions suivantes :

- Le juge de faillite avait-il compétence, en vertu du par. 47(2) de la *Loi sur la faillite et*

30

31

32

Act to make declarations about successorship?

- Did he err in the exercise of his discretion by denying leave under s. 215 of the *Act*?

l'insolvabilité, pour se prononcer sur le statut d'employeur successeur?

- A-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire de façon erronée en refusant la permission visée à l'art. 215 de la *Loi*?

33

The Court of Appeal unanimously concluded that only the labour board had jurisdiction to determine who was a successor employer ((2004), 71 O.R. (3d) 54). Section 47(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* did not confer on the bankruptcy judge the jurisdiction to make declarations on this issue or to otherwise immunize KPMG from such potential declarations by the labour board. Writing for the court on this issue, Feldman J.A. observed that the federal *Bankruptcy and Insolvency Act* itself explicitly states in s. 72(1) that only provincial laws which conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act* can be abrogated. She did not find in s. 47(2) the authority to declare whether actions taken by KPMG make it a successor employer. Accordingly, she saw no conflict between the authority given to the bankruptcy court under s. 47(2) to supervise an interim receiver, and the successor rights provisions in s. 69(12) of the *Labour Relations Act, 1995*, making a paramountcy analysis unnecessary. As a result, in her view the provincial laws conferring this exclusive jurisdiction on the labour board were unaffected by the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que seule la Commission avait compétence pour se prononcer sur le statut d'employeur successeur ((2004), 71 O.R. (3d) 54). Le paragraphe 47(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'habilitait pas le juge de faillite à rendre un jugement déclaratoire sur ce point ou à mettre KPMG à l'abri d'une possible déclaration de la Commission portant que KPMG avait ce statut. Rendant jugement pour la cour sur ce point, la juge Feldman a fait remarquer que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* elle-même énonce expressément, au par. 72(1), que seules les dispositions provinciales incompatibles peuvent être abrogées. Elle n'a rien vu au par. 47(2) qui habilite à déclarer que des mesures prises par KPMG puissent faire de celle-ci un employeur successeur. Par conséquent, elle n'a relevé aucun conflit entre, d'une part, le pouvoir reconnu au juge de faillite par le par. 47(2) de contrôler les actes du séquestre intérimaire et, d'autre part, les dispositions relatives au statut de successeur visées au par. 69(12) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, ce qui éliminait la nécessité de procéder à l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance. Elle a donc conclu que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* était sans effet sur les dispositions législatives provinciales attribuant compétence exclusive à la Commission.

34

Since the bankruptcy judge had no jurisdiction to make *any* determination relating to successor employer status, the distinction he drew in para. 15 of his January 24 order protecting the interim receiver only when it was acting "*qua* realizer" and not "*qua* employer" of the assets was immaterial.

Comme le juge de faillite n'avait pas compétence pour prononcer *quelque décision que ce soit* concernant le statut d'employeur successeur, la distinction qu'il avait établie au par. 15 de l'ordonnance du 24 janvier et qui ne protégeait le séquestre intérimaire que dans la mesure où il agissait « en tant que liquidateur » et non quand il agissait « en tant qu'employeur » devenait sans objet.

35

On this basis, the Court of Appeal further amended para. 15 deleting the bankruptcy judge's "*qua* realizer" addition, and adding the following two passages:

Sur ce fondement, la Cour d'appel a modifié à son tour le par. 15 de l'ordonnance, supprimant le passage ajouté par le juge de faillite relativement aux mesures prises en vue de la réalisation de l'actif et ajoutant les deux passages suivants :

. . . unless and until an order is made by the OLRB, upon leave of this court under s. 215 of the BIA, declaring the interim receiver a successor employer to the debtors, and subject to the specific terms of any such order, the interim receiver is not obliged to make any payment as a successor employer For clarification, the parties have agreed that if any such amounts become payable by the interim receiver as a successor employer, in no event is the interim receiver to be liable for any amount that either became due or accrued prior to the date of its appointment.

The court divided, however, on the bankruptcy judge's approach to and resolution of the Union's application for leave to bring labour board proceedings. The disagreement was over the test under s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* for granting leave to bring successor employer applications. Feldman J.A., whose analysis was endorsed in separate concurring reasons by Cronk J.A., was of the view that the traditional *Mancini* test represented too low a threshold when the proposed proceedings were successor employer applications. In her view, an approach was required that took more account of the impact of such litigation on the bankruptcy process.

The revised test proposed by Feldman J.A. added factors such as the complexity of the receivership; the availability of suitable purchasers; the potential duration of the receiver's operation of the business pending a sale; any arrangements the receiver has made with the Union to accommodate the employees; the likelihood that a subsequent purchaser will be declared a successor employer bound by the obligations under the collective agreement; and the timeliness of the labour board hearing relative to the receiver's temporary operation and ultimate sale of the business.

Feldman J.A. concluded that the bankruptcy judge was obliged not to determine the issue itself, but to determine whether a *prima facie* case of

[TRANSLATION] . . . tant que la Commission des relations de travail de l'Ontario n'aura pas rendu d'ordonnance, dans le cadre d'un recours permis par notre cour sous le régime de l'art. 215 de la LFI, déclarant que le séquestre intérimaire succède aux débiteurs à titre d'employeur et, sous réserve des modalités précises d'une telle ordonnance, le séquestre intérimaire n'est pas obligé d'effectuer quelque paiement que ce soit en tant qu'employeur successeur [. . .] Pour plus de clarté, les parties sont convenues que si le séquestre intérimaire doit effectuer de tels paiements à titre de successeur de l'employeur, il ne peut en aucun cas être tenu responsable à l'égard d'une somme due ou exigible avant la date de sa nomination.

Toutefois, la Cour d'appel s'est divisée quant à l'analyse et à la solution du juge de faillite relativement à la demande présentée par le Syndicat en vue d'être autorisé à intenter des procédures devant la Commission. Les juges ont différé d'avis sur le critère applicable pour accorder ou non, en vertu de l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la permission de présenter des demandes concernant le statut d'employeur successeur. La juge Feldman, à l'analyse de laquelle a souscrit la juge Cronk dans des motifs concourants, a estimé que le critère traditionnel formulé dans *Mancini* n'était pas assez exigeant lorsqu'il s'agissait d'instances relatives au statut d'employeur successeur. À son avis, il fallait un critère tenant davantage compte des conséquences de telles demandes en justice sur le processus de faillite.

Le nouveau critère proposé par la juge Feldman ajoutait des facteurs comme la complexité du mandat du séquestre, l'existence d'acquéreurs acceptables, la durée possible de l'exploitation de l'entreprise par le séquestre en attendant une vente, tout arrangement pris par le séquestre avec le Syndicat pour prendre en compte la situation des employés, la probabilité qu'un acquéreur soit déclaré employeur successeur lié par les obligations découlant de la convention collective et la possibilité que l'audience de la Commission ait lieu en temps utile vu la nature provisoire de l'administration du séquestre et la vente de l'entreprise.

La juge Feldman a conclu que le juge de faillite avait l'obligation, non pas de trancher la question comme telle, mais plutôt de déterminer si le statut

36

37

38

successor employer status had been made out, and, based on the factors she enumerated, to decide whether to grant leave. She accordingly set aside his refusal to grant leave and remitted the leave application back to him for reconsideration based on her enumerated factors.

39 In dissent, MacPherson J.A. saw no basis for erecting a higher threshold for granting leave when the application was for successor employer applications. Other creditors' applications for leave to bring proceedings under s. 215 are usually determined in accordance with the *Mancini* test, the applicability of which had been consistently upheld by the Ontario Court of Appeal, most recently in *Royal Crest Lifecare Group Inc., Re* (2004), 46 C.B.R. (4th) 126. In his view, by formulating what he characterized as a "more vague and more elaborate" (para. 111) test uniquely for successor employer leave applications, the majority was inviting a bankruptcy court to do indirectly through s. 215 what it had decided, correctly in his view, could not be done under s. 47(2), namely, insulate the receiver from successor employer determinations.

40 Applying the test in *Mancini*, MacPherson J.A. concluded that the bankruptcy judge had erred in refusing to grant leave to the Union to bring successor employer and unfair labour practice proceedings against KPMG. His remedy, accordingly, would have been to grant leave to the Union to proceed with its application before the labour board.

41 The Union appealed the Court of Appeal's order denying leave to bring its successorship proceedings before the labour board, and disputed the majority's conclusion that the *Mancini* test set too low a bar for granting leave to bring proceedings before the labour board. The Union also sought to have the Court of Appeal's amended version of para. 15 set aside to the extent that it continues to

d'employeur successeur avait été établi *prima facie* et, eu égard aux facteurs susmentionnés, de décider s'il y avait lieu d'accorder la permission demandée. Elle a donc annulé le refus du juge d'accorder la permission et lui a renvoyé l'affaire pour qu'il la réexamine en fonction des facteurs qu'elle avait énumérés.

Dans sa dissidence, le juge MacPherson a indiqué qu'il ne voyait aucune raison de resserrer le critère lorsque l'autorisation demandée visait des procédures portant sur le statut d'employeur successeur. Les demandes d'autorisation fondées sur l'art. 215 présentées par d'autres créanciers sont généralement tranchées par application du critère de l'arrêt *Mancini*, dont la Cour d'appel de l'Ontario a invariablement reconnu l'applicabilité, la décision la plus récente à cet égard étant *Royal Crest Lifecare Group Inc., Re* (2004), 46 C.B.R. (4th) 126. À son avis, en formulant — uniquement à l'égard des autorisations de recours portant sur le statut d'employeur successeur — un critère qu'il a qualifié de [TRADUCTION] « plus vague et plus poussé » (par. 111), les juges majoritaires invitaient le tribunal de faillite à faire indirectement, en vertu de l'art. 215, la chose même que, suivant ce qu'ils avaient par ailleurs décidé, et ce, à juste titre selon lui, le par. 47(2) interdisait de faire, c'est-à-dire mettre le séquestre à l'abri de décisions portant sur le statut d'employeur successeur.

Le juge MacPherson a appliqué le critère de l'arrêt *Mancini* et, concluant que le juge de faillite avait à tort refusé d'autoriser le Syndicat à poursuivre KPMG sur le fondement du statut d'employeur successeur et de pratiques déloyales de travail, il a indiqué qu'il aurait donné au Syndicat la permission de présenter sa requête à la Commission.

Le Syndicat se pourvoit contre l'ordonnance de la Cour d'appel qui lui a refusé l'autorisation de saisir la Commission d'un recours portant sur le statut d'employeur successeur et il conteste la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le critère de l'arrêt *Mancini* n'était pas assez rigoureux lorsqu'il s'agissait de décider d'accorder ou non l'autorisation d'engager des instances devant

make declarations with respect to successorship rights.

GMAC cross-appealed the Court of Appeal's amendments to para. 15, taking issue with the court's unanimous conclusion that a bankruptcy judge lacks jurisdiction to declare whether a receiver is a successor employer under the *Labour Relations Act, 1995*.

II. Analysis

A. *Can a Bankruptcy Court Judge Determine Successor Rights Issues?*

The first issue decided by the Court of Appeal, and raised in the cross-appeal, relates to whether the bankruptcy court has jurisdiction to decide whether an interim receiver is a successor employer within the meaning of the *Labour Relations Act, 1995*. The unanimous conclusion of the Court of Appeal was that it had no such jurisdiction. I agree.

The bankruptcy court's authority to supervise the interim receiver is found in s. 47(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, which states:

47. . . .

(2) The court may direct an interim receiver appointed under subsection (1) to do any or all of the following:

- (a) take possession of all or part of the debtor's property mentioned in the appointment;
- (b) exercise such control over that property, and over the debtor's business, as the court considers advisable; and
- (c) take such other action as the court considers advisable.

These statutory parameters, though sufficiently flexible to authorize a wide range of conduct dealing with the taking, management, and eventual disposition of the debtor's property, are not open-ended.

la Commission. Il a également demandé la radiation du par. 15 modifié par la Cour d'appel, dans la mesure où celui-ci comporte encore des déclarations relatives au statut d'employeur successeur.

GMAC a formé un appel incident relativement à la modification du par. 15 par la Cour d'appel, contestant la conclusion unanime de celle-ci selon laquelle les juges de faillite n'ont pas compétence pour décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur pour l'application de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*.

II. Analyse

A. *Le juge de faillite peut-il trancher des questions touchant le statut d'employeur successeur?*

La première question qu'a tranchée la Cour d'appel et qui est soulevée dans l'appel incident concerne le pouvoir du tribunal de faillite de décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur au sens de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le tribunal de faillite ne possède pas ce pouvoir. Je suis du même avis.

Le pouvoir du tribunal de faillite de contrôler l'action du séquestre intérimaire est prévu au par. 47(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, qui est rédigé ainsi :

47. . . .

(2) Le tribunal peut enjoindre au séquestre intérimaire :

- a) de prendre possession de tout ou partie des biens du débiteur mentionnés dans la nomination;
- b) d'exercer sur ces biens ainsi que sur les affaires du débiteur le degré de contrôle que le tribunal estime indiqué;
- c) de prendre toute autre mesure qu'il estime indiquée.

Bien qu'ils soient assez souples pour permettre une vaste gamme de mesures en rapport avec la prise en charge, la gestion et l'aliénation éventuelle des biens du débiteur, ces paramètres

42

43

44

45

The powers given to the bankruptcy court under s. 47(2) are powers to direct the interim receiver's conduct. That section does not, explicitly or implicitly, confer authority on the bankruptcy court to make unilateral declarations about the rights of third parties affected by other statutory schemes.

46 Any doubt about whether s. 47(2) was intended to dispense such jurisdictional largesse vanishes when it is read in conjunction with s. 72(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, which states:

72. (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

47 The effect of s. 72(1) is that the *Bankruptcy and Insolvency Act* is not intended to extinguish legally protected rights unless those rights are in conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act*. The right in issue here is the right found in s. 69 of the Ontario *Labour Relations Act, 1995* to seek a declaration that a subsequent employer is bound by the employment obligations found in the collective agreements of its predecessor. I agree with Feldman J.A. who concluded:

... the first half of [s. 72] clearly states that the *BIA* will not abrogate or supercede any provincial law unless that law is in conflict with the *BIA*. The language of s. 47(2) of the *BIA* does not conflict with the successor employer sections of the *LRA* and therefore does not abrogate or supercede that Act. [para. 30]

48 Section 114(1) of the *Labour Relations Act, 1995* states:

législatifs n'ont pas une portée illimitée. Le paragraphe 47(2) accorde au tribunal de faillite le pouvoir d'enjoindre au séquestre intérimaire de faire certaines choses. Cette disposition n'a pas pour effet d'habiliter — ni explicitement ni implicitement — le tribunal de faillite à rendre des jugements déclaratoires unilatéraux sur les droits de tiers en fonction d'autres régimes législatifs.

Enfin, s'il subsiste encore quelque doute que le par. 47(2) pourrait avoir eu pour but d'attribuer des pouvoirs aussi larges, ce doute est dissipé lorsqu'on lit cette disposition en corrélation avec le par. 72(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, lequel prévoit ce qui suit :

72. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

Suivant cette disposition, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'a pas pour effet d'éteindre des droits garantis par la loi, sauf si ces droits sont incompatibles avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. En l'espèce, il s'agit du droit de demander, sur le fondement de l'art. 69 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, un jugement déclarant qu'un employeur subséquent est lié par les obligations en matière d'emploi prévues par les conventions collectives signées par son prédécesseur. Je souscris à la conclusion suivante de la juge Feldman :

[TRADUCTION] ... la première moitié de [l'art. 72] énonce clairement que la *LFI* n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer une règle de droit provinciale sauf si celle-ci est incompatible avec la *LFI*. Il n'y a pas d'incompatibilité entre le libellé du par. 47(2) de la *LFI* et les dispositions de la *LRT* concernant le successeur de l'employeur, et, par conséquent, ce paragraphe n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer cette dernière Loi. [par. 30]

Le paragraphe 114(1) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* dispose ainsi :

114. (1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling.

This means the labour board has exclusive jurisdiction to make a successor employer determination. It is difficult to see how the right to seek such a declaration conflicts in any way with the bankruptcy court's authority under s. 47(2) to direct and supervise the interim receiver's effective management of the debtor's assets.

Trustees, receivers and the specialized courts by which they are supervised, are entitled to a measure of deference consistent with their undisputed expertise in the effective management of a bankruptcy. Flexibility is required to cure the problems in any particular bankruptcy. But guarding that flexibility with boiler plate immunizations that inoculate against the assertion of rights is beyond the therapeutic reach of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

If the s. 47 net were interpreted widely enough to permit interference with all rights which, though protected by law, represent an inconvenience to the bankruptcy process, it could be used to extinguish all employment rights if the bankruptcy court thinks it "advisable" under s. 47(2)(c). Explicit language would be required before such a sweeping power could be attached to s. 47 in the face of the preservation of provincially created civil rights in s. 72. As Major J. stated in *Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 60, 2004 SCC 3:

... explicit statutory language is required to divest persons of rights they otherwise enjoy at law. ... [S]o long as the doctrine of paramountcy is not triggered,

114. (1) La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs que lui confère la présente loi ou qui lui sont conférés en vertu de celle-ci et trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise. Ses décisions ont force de chose jugée. Toutefois, la Commission peut à l'occasion, si elle estime que la mesure est opportune, réviser, modifier ou annuler ses propres décisions, ordonnances, directives ou déclarations.

Cela signifie que la Commission a compétence exclusive pour se prononcer sur le statut d'employeur successeur. Il est difficile de voir en quoi le droit de demander une déclaration sur cette question serait incompatible avec le pouvoir que le par. 47(2) accorde au tribunal de faillite de diriger et superviser l'administration efficace de l'actif du débiteur par le séquestre intérimaire.

Il convient de faire preuve, envers les syndics et les séquestres ainsi qu'envers les tribunaux spécialisés qui les supervisent, du degré de déférence correspondant à leur expertise incontestée en matière de gestion efficace des faillites. Il va de soi que la souplesse est indispensable pour solutionner les problèmes que pose une faillite donnée. Toutefois, la protection de cette souplesse au moyen de dispositions standard immunisant ces intervenants contre l'engagement de procédures les visant dépasse le pouvoir thérapeutique de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Si l'article 47 pouvait recevoir une interprétation assez large pour permettre de porter atteinte à tous les droits qui, bien que protégés par la loi, gênent le processus de faillite, il pourrait être invoqué pour éteindre tous les droits en matière d'emploi si le tribunal de faillite estimait qu'il s'agit d'une mesure « indiquée » aux termes de l'al. 47(2)(c). Pour que l'art. 47 confère un pouvoir aussi étendu, en dépit de l'existence de l'art. 72 protégeant les droits civils d'origine provinciale, il faudrait un texte explicite. Comme l'a indiqué le juge Major dans l'arrêt *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 60, 2004 CSC 3 :

... il faut une disposition législative explicite pour priver une personne de droits dont elle jouit par ailleurs en droit. [. . .] [T]ant que la doctrine de la primauté des

49

50

51

federally regulated bankruptcy and insolvency proceedings cannot be used to subvert provincially regulated property and civil rights. [para. 43]

The language of s. 47(2) falls well short of this standard. The bankruptcy court can undoubtedly mandate employment-related conduct by the receiver, but as s. 47(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* is presently worded, the court cannot, on its own, abrogate the right to seek relief at the labour board.

52 Accordingly, the Court of Appeal was correct to conclude that the bankruptcy judge had no jurisdiction to make a declaration about or immunize the receiver from successor employer liability. To the extent that any provision of the order does so, including the amendments added by the Court of Appeal, they should be set aside.

B. *Is a Unique Test Required Under Section 215 for Leave to Bring Successor Rights Applications?*

53 Having concluded that the bankruptcy judge has no jurisdiction either to make a determination as to the receiver's status as a successor employer, or to immunize it from such a determination by the labour board, the remaining issue is whether to set aside the bankruptcy judge's refusal to permit the Union remedial access to the Ontario Labour Relations Board.

54 The debate between the parties is over the extent of the bankruptcy court's discretion when leave is sought by a union to bring a successor employer application against the receiver or trustee. This shifts the focus to s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, which states:

215. Except by leave of the court, no action lies against the Superintendent, an official receiver, an interim receiver or a trustee with respect to any

lois fédérales n'entre pas en jeu, on ne saurait utiliser des procédures en matière de faillite et d'insolvabilité régies par le droit fédéral pour écarter des droits de propriété et autres droits civils régis par le droit provincial. [par. 43]

Le texte du par. 47(2) est loin de satisfaire à cette condition. Le tribunal de faillite peut indubitablement donner au séquestre des instructions en matière d'emploi, mais, compte tenu du libellé actuel du par. 47(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le tribunal n'est pas habilité à abroger de son propre chef le droit de présenter une demande à une commission des relations de travail.

Par conséquent, la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge de faillite n'avait pas compétence pour statuer sur la responsabilité du séquestre en tant qu'employeur successeur ni pour le mettre à l'abri de cette responsabilité. Dans la mesure où quelque élément de l'ordonnance, y compris les modifications apportées par la Cour d'appel, a cet effet, il y a lieu de supprimer cet élément.

B. *L'application de l'art. 215 requiert-elle un critère particulier pour les demandes d'autorisation touchant au statut d'employeur successeur?*

Vu la conclusion que le juge de faillite n'a compétence ni pour décider si le séquestre a le statut d'employeur successeur ni pour le protéger contre une décision de cette nature de la Commission, il reste à se demander s'il faut infirmer la décision du juge de faillite de refuser au Syndicat la permission de s'adresser à la Commission.

La question en litige concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal de faillite lorsqu'un syndicat requiert la permission de présenter contre le séquestre ou le syndic une demande relative à la qualité d'employeur successeur. La disposition pertinente de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est alors l'art. 215, qui énonce ce qui suit :

215. Sauf avec la permission du tribunal, aucune action n'est recevable contre le surintendant, un séquestre officiel, un séquestre intérimaire ou un syndic

report made under, or any action taken pursuant to, this Act.

For almost 150 years, courts and commentators have been universally of the view that the threshold for granting leave to commence an action against a receiver or trustee is not a high one, and is designed to protect the receiver or trustee against only frivolous or vexatious actions, or actions which have no basis in fact. As L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra stated in *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 3, at p. 7-118.2:

The court will not refuse leave unless there is no foundation for the claim or the claim is frivolous and vexatious

Essentially, unless the claim is without merit, the gate to a litigated determination has usually been opened under s. 215 and its statutory predecessors: see *Randfield v. Randfield* (1861), 3 De G. F. & J. 766, 45 E.R. 1075, at p. 1077, *per* Turner L.J. (“ . . . it is not, as I apprehend, according to the course of the Court, to refuse liberty to try a right which is claimed against its receiver, unless it is perfectly clear that there is no foundation for the claim”); *In re Diehl v. Carritt* (1907), 15 O.L.R. 202 (H.C.J.), at p. 204; *Danny’s Cabaret Ltd. v. Horner*, [1980] B.C.J. No. 1293 (QL) (C.A.); *Virden Credit Union Ltd. v. Dunwoody Ltd.* (1982), 45 C.B.R. (N.S.) 84 (Man. Q.B.), at p. 90; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 113 (Ont. C.A.); *RoyNat Inc. v. Allan* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 165 (Q.B.); *B.N.R. Holdings Ltd. v. Royal Bank* (1992), 14 C.B.R. (3d) 233 (B.C.S.C.); *Toronto Dominion Bank v. Alex L. Clark Ltd.* (1993), 22 C.B.R. (3d) 6 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 7; *Nicholas v. Anderson* (1996), 40 C.B.R. (3d) 32 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at paras. 13-15; *Burton v. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9 (Ont. S.C.J.), at para. 13; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Armitage* (2000), 50 O.R. (3d) 688 (C.A.), at para. 2; *Vanderwoude v. Scott and Pichelli Ltd.* (2001), 143 O.A.C. 195, at para. 22; *Bennett on Bankruptcy* (8th ed. 2005), at pp. 416-17; *Bennett on Receiverships* (2nd ed. 1999), at p. 223; and Houlden, Morawetz and Sarra, at p. 7-118.2.

relativement à tout rapport fait ou toute mesure prise conformément à la présente loi.

Depuis près de 150 ans, la jurisprudence et la doctrine considèrent unanimement que le critère applicable en matière d’autorisation de poursuivre un séquestre ou un syndic n’est pas très exigeant et qu’il vise à protéger ceux-ci seulement contre les actions frivoles, vexatoires ou dépourvues de fondement factuel. Comme l’ont affirmé L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra dans *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 3, p. 7-118.2 :

[TRADUCTION] Le tribunal ne refusera pas la permission demandée à moins que l’action soit sans fondement ou qu’elle soit frivole ou vexatoire

Essentiellement, sauf si l’action était sans fondement, celle-ci a généralement été autorisée en vertu de l’art. 215 et des dispositions qui l’ont précédé : voir *Randfield c. Randfield* (1861), 3 De G. F. & J. 766, 45 E.R. 1075, p. 1077, le lord juge Turner ([TRADUCTION] « . . . il n’appartient selon moi, pas au tribunal de refuser la liberté de faire valoir un droit à l’encontre d’un séquestre, à moins que l’action n’ait manifestement aucun fondement »); *In re Diehl c. Carritt* (1907), 15 O.L.R. 202 (H.C.J.), p. 204; *Danny’s Cabaret Ltd. c. Horner*, [1980] B.C.J. No. 1293 (QL) (C.A.); *Virden Credit Union Ltd. c. Dunwoody Ltd.* (1982), 45 C.B.R. (N.S.) 84 (B.R. Man.), p. 90; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 113 (C.A. Ont.); *RoyNat Inc. c. Allan* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 165 (B.R.); *B.N.R. Holdings Ltd. c. Royal Bank* (1992), 14 C.B.R. (3d) 233 (C.S.C.-B.); *Toronto Dominion Bank c. Alex L. Clark Ltd.* (1993), 22 C.B.R. (3d) 6 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 7; *Nicholas c. Anderson* (1996), 40 C.B.R. (3d) 32 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 13-15; *Burton c. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9 (C.S.J. Ont.), par. 13; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c. Armitage* (2000), 50 O.R. (3d) 688 (C.A.), par. 2; *Vanderwoude c. Scott and Pichelli Ltd.* (2001), 143 O.A.C. 195, par. 22; *Bennett on Bankruptcy* (8^e éd. 2005), p. 416-417; *Bennett on Receiverships* (2^e éd. 1999), p. 223, et Houlden, Morawetz et Sarra, p. 7-118.2.

55

56

57 In the leading case of *Mancini*, the Court of Appeal summarized the accepted principles as being the following:

1. Leave to sue a trustee should not be granted if the action is frivolous or vexatious. Manifestly unmeritorious claims should not be permitted to proceed.
2. An action should not be allowed to proceed if the evidence filed in support of the motion, including the intended action as pleaded in draft form, does not disclose a cause of action against the trustee. The evidence typically will be presented by way of affidavit and must supply facts to support the claim sought to be asserted.
3. The court is not required to make a final assessment of the merits of the claim before granting leave. [Citations omitted; para. 7.]

58 The court in *Mancini* explained that the duty of the trustee is to protect both the creditors and the public interest in the proper administration of the bankrupt estate. The gatekeeping purpose of the leave requirement, therefore, in light of this duty, is to prevent the trustee or receiver “from having to respond to actions which are frivolous or vexatious or from claims which do not disclose a cause of action” (para. 17) so that the bankruptcy process is not made unworkable. On the other hand, it ensures that legitimate claims can be advanced.

59 The question under s. 215 is whether the evidence provides the required support for the cause of action sought to be asserted. As Blair J. observed in *Nicholas*:

The question . . . is whether, in the circumstances of this case, the facts in support of the proposed claim have been disclosed by sufficient affidavit evidence to ensure the claim’s proper factual foundation, having regard to the policy of requiring leave in order to protect a trustee from claims which have no basis in fact. [para. 16]

In other words, the evidence must disclose a *prima facie* case.

Dans *Mancini*, l’arrêt-clé sur la question, la Cour d’appel a résumé ainsi les principes reconnus :

[TRADUCTION]

1. La permission de poursuivre un syndic ne devrait pas être accordée si l’action est frivole ou vexatoire. Des actions manifestement non fondées ne devraient pas être autorisées.
2. Il ne faudrait pas permettre la poursuite d’une instance si la preuve soumise à l’appui de la requête, y compris la version préliminaire de la déclaration envisagée, ne révèle pas de cause d’action opposable au syndic. La preuve, qui est habituellement présentée par affidavit, doit faire état des faits allégués à l’appui des conclusions recherchées.
3. Le tribunal n’a pas à se prononcer sur le bien-fondé de l’action avant d’accorder la permission demandée. [Références omises; par. 7.]

Dans *Mancini*, la Cour d’appel a expliqué que le syndic a le mandat de protéger à la fois les créanciers et l’intérêt du public dans l’administration ordonnée de l’actif du failli. Compte tenu de ce mandat, l’obligation d’obtenir une permission a donc pour but d’éviter au syndic ou au séquestre d’avoir [TRADUCTION] « à se défendre contre des actions qui sont frivoles ou vexatoires, ou qui ne révèlent aucune cause d’action » (par. 17), de façon que le processus de faillite ne soit pas paralysé. En revanche, cette obligation garantit que les actions légitimes peuvent être intentées.

Pour l’application de l’art. 215, il faut déterminer si la preuve étaye la cause d’action invoquée. Comme l’a fait remarquer le juge Blair dans *Nicholas* :

[TRADUCTION] La question [. . .] consiste à déterminer si, dans les circonstances en cause, une preuve par affidavit suffisante étaye les faits allégués au soutien de l’action envisagée, afin de s’assurer du bien-fondé factuel de l’action, vu la règle qui requiert l’obtention d’une autorisation dans le but de protéger le syndic contre les demandes dépourvues de fondement factuel. [par. 16]

Autrement dit, il doit exister une preuve *prima facie*.

Although the *Mancini* test calls for an investigation into whether the proposed litigation discloses a cause of action, the focus of that inquiry is not a determination of the merits. This is a particularly important observation in circumstances where exclusive jurisdiction to decide the legal questions raised in the proceedings resides elsewhere. As the court said in *Mancini*, at para. 16 “[o]n a continuum of evidence ranging from no evidence to evidence which is conclusive, the evidence required to support an order under [the predecessor of s. 215] must be sufficient to establish that there is a factual basis for the proposed claim and that the proposed claim discloses a cause of action.” See also *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, at para. 2.

This threshold strikes the appropriate balance between the protection of trustees and receivers from the distraction and delay inherent in frivolous or merely tactical suits, and the preservation to the maximum extent possible of the rights of creditors and others as against a trustee or receiver. In this way, *Mancini* is consistent with *Crystalline*’s requirement that there be “explicit statutory language” (para. 43) before the *Bankruptcy and Insolvency Act* is interpreted so as to deprive persons of rights conferred under provincial law.

The approach proposed by the majority in the Court of Appeal would require that courts consider the effect of the proposed proceeding on, among other considerations, the potential for interference with the maximization of stakeholder value. With respect, the result of the application of this higher threshold would necessarily bar some meritorious cases on the basis that other stakeholders would be better off. To allow bankruptcy courts to use the leave requirement in s. 215 to pick and choose between stakeholders’ claims on the basis of a standard which, as MacPherson J.A. noted, at para. 111, is both “more vague and more elaborate” than that set out in *Mancini*, would be a profound

Bien que le critère établi dans *Mancini* exige que le tribunal se demande si la poursuite envisagée révèle une cause d’action, cet examen n’a pas pour objet de trancher la question au fond. Cette observation est particulièrement importante lorsqu’un autre tribunal a compétence exclusive pour statuer sur les questions juridiques soulevées par l’instance. Comme l’a signalé la Cour d’appel dans *Mancini*, par. 16, [TRADUCTION] « [s]ur une échelle qui va de l’absence totale de preuve à une preuve qui est concluante, la preuve nécessaire pour fonder une ordonnance en vertu de [la disposition antérieure à l’art. 215] doit être suffisante pour établir l’existence d’un fondement factuel à l’égard de l’action envisagée, et pour établir que cette action révèle une cause d’action. » Voir aussi l’arrêt *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, par. 2.

Ce critère établit un juste équilibre entre, d’une part, la protection des syndics et des séquestres contre les dérangements et délais inhérents aux poursuites frivoles ou intentées pour des raisons purement tactiques, et, d’autre part, la protection — dans la plus large mesure possible — des droits des créanciers et autres intéressés contre les décisions et les actes des syndics et des séquestres. En ce sens, l’arrêt *Mancini* est compatible avec l’exigence énoncée dans *Crystalline* selon laquelle il faut « une disposition législative explicite » (par. 43) pour que la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* puisse être interprétée de manière à priver une personne de droits conférés par une province.

L’analyse suggérée par les juges majoritaires de la Cour d’appel obligerait les tribunaux à examiner l’effet de l’instance proposée au regard de diverses considérations, notamment la possibilité qu’elle entrave la maximisation de la valeur de l’actif au profit des divers intéressés. En toute déférence, l’application de ce critère plus exigeant aurait nécessairement pour conséquence d’empêcher l’introduction d’actions qui méritent d’être instruites, au motif qu’une telle décision serait plus avantageuse pour certains intéressés. Permettre aux tribunaux de faillite d’utiliser l’obligation d’obtenir une permission prévue à l’art. 215 pour choisir entre les réclamations des personnes intéressées en se

60

61

62

departure from the principles in *Crystalline*. The integrity and efficiency of the bankruptcy process are sufficiently advanced by directing bankruptcy courts to deny leave to frivolous and merely tactical suits.

fondant sur une norme qui, comme l'a souligné le juge MacPherson de la Cour d'appel au par. 111, est à la fois [TRADUCTION] « plus vague et plus poussée » que celle énoncée dans *Mancini* constituerait une importante dérogation aux principes formulés dans l'arrêt *Crystalline*. Il suffit, pour assurer l'intégrité et l'efficacité du processus de faillite, que l'on demande aux tribunaux de faillite de ne pas autoriser les poursuites frivoles ou intentées pour des raisons purement tactiques.

63 A more interventionist approach is premised on the “single control” theory of bankruptcy litigation. In *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92, a case dealing with the enforceability of bankruptcy court orders across Canada, Binnie J. described the goal of a single court controlling all aspects of a bankruptcy, including litigation, as being “the expeditious, efficient and economical clean-up of the aftermath of a financial collapse” (para. 27). The benefits of avoiding multiple proceedings in multiple provinces underlay the decision. But, as Binnie J. also observed, “[s]ingle control is not necessarily inconsistent with transferring particular disputes elsewhere” (para. 76).

Le recours à une démarche plus interventionniste repose sur la théorie du « contrôle unique » des litiges en matière de faillite. Dans *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978, 2001 CSC 92, où il était question du caractère exécutoire, partout au Canada, des ordonnances du tribunal de faillite, le juge Binnie a signalé que le recours à un tribunal unique qui contrôle tous les aspects d'une faillite, y compris les litiges, a pour objectif « la gestion expéditive, efficace et économique des retombées d'un effondrement financier » (par. 27). La décision repose sur les avantages qui découlent du fait d'éviter l'instruction de multiples procédures dans plusieurs provinces. Or, comme l'a fait remarquer le juge Binnie, « [l]e contrôle unique n'est pas nécessairement incompatible avec le renvoi de litiges particuliers à d'autres ressorts » (par. 76).

64 “[T]ransferring particular disputes elsewhere” is all that is done when leave under s. 215 is granted. Moreover, I note that the “transfer” in the instant case consists only of permitting the tribunal vested with exclusive jurisdiction over the matter to ultimately decide it. It is one thing to avoid permitting provincial enforcement schemes to defeat legitimate bankruptcy orders, as was held in *Sam Lévy*, it is another to use the bankruptcy process to defeat legitimate assertions of provincially granted rights, including labour and employment rights over which the bankruptcy court has no jurisdiction. The *Mancini* test is not, in short, inconsistent with “single control”.

« [L]e renvoi de litiges particuliers à d'autres ressorts » est tout ce qui est accompli lorsque la permission visée à l'art. 215 est accordée. De plus, je souligne qu'en l'espèce le « renvoi » revient uniquement à autoriser le tribunal à trancher, en bout de ligne, une affaire sur laquelle il a par ailleurs compétence exclusive. C'est une chose d'éviter que les régimes d'exécution provinciaux permettent de déroger aux ordonnances légitimes rendues en matière de faillite, comme il a été décidé dans *Sam Lévy*. Par contre, c'en est une autre d'utiliser le processus de faillite pour faire obstacle à la revendication légitime de droits reconnus par une province, y compris des droits en matière de travail et d'emploi qui ne sont pas du ressort du tribunal de faillite. Bref, le critère énoncé dans *Mancini* n'est pas incompatible avec celui du « contrôle unique ».

Ultimately, the appropriate test under s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* remains a question of statutory interpretation, and the Act itself provides important context for the resolution of that question. I think it is instructive that s. 37 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* provides that when the bankrupt, any creditor, or any other person is aggrieved by an act or decision of a trustee or receiver in the administration of the bankrupt estate, he or she may apply to the bankruptcy court. The court may then reverse, modify or confirm the act or decision complained of, making such order as it thinks just. No leave is required under s. 37.

Sections 37 and 215 have been called alternative means of proceeding against a trustee or receiver: see *Virden Credit Union*, at pp. 89-90. The difference, of course, is that under s. 215, permission can be sought to seek a remedy elsewhere than in the bankruptcy court, and certain claims will be beyond the jurisdiction of the bankruptcy court under s. 37. Nevertheless, many actions that may be brought with leave under s. 215 may also be heard in the bankruptcy court on a s. 37 application. What is instructive about s. 37, however, is that it demonstrates that Parliament did not consider it appropriate to immunize court-appointed officers from litigation.

On the other hand, where Parliament has intended to confer immunity on trustees or receivers from certain claims, it has done so explicitly, as in s. 14.06(1.2) (trustee immune from certain liabilities arising from continuing the debtor's business or the employment of the debtor's employees); s. 14.06(4) (trustee immune in certain circumstances from environmental liabilities); s. 41(8) (discharge of liability of trustee upon discharge of trustee); ss. 50(9) and 50.4(5) (trustee not liable for detrimental reliance on cash-flow statements if the trustee reviews the statements reasonably and in good faith); s. 80 (trustee not liable for losses resulting from seizure of

En définitive, le critère approprié pour l'application de l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* demeure une question d'interprétation législative, et la Loi elle-même fournit un contexte important pour résoudre cette question. Je trouve révélateur que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit, à l'art. 37, que lorsqu'un acte ou une décision d'un syndic ou d'un séquestre relativement à l'administration de l'actif du failli lèse ce dernier, un créancier ou toute autre personne, l'intéressé peut s'adresser au tribunal de faillite. Ce tribunal peut alors infirmer, modifier ou confirmer l'acte ou la décision qui fait l'objet de la plainte et rendre l'ordonnance qu'il juge équitable. L'article 37 n'exige aucune permission.

Les articles 37 et 215 ont été considérés comme deux façons différentes de contester les décisions d'un syndic ou d'un séquestre : voir *Virden Credit Union*, p. 89-90. La différence réside bien sûr dans le fait qu'il est possible, en vertu de l'art. 215, de demander la permission d'engager un recours devant un tribunal autre que le tribunal de faillite, et que certaines actions échapperont à la compétence accordée au tribunal de faillite par l'art. 37. Néanmoins, de nombreux recours pouvant être intentés sur autorisation en vertu de l'art. 215 peuvent également être soumis au tribunal de faillite en application de l'art. 37. Toutefois, l'intérêt de cette dernière disposition est qu'elle démontre que le législateur n'a pas jugé indiqué de mettre à l'abri des poursuites les auxiliaires de justice nommés par les tribunaux.

En revanche, lorsque le législateur a voulu protéger les syndics ou les séquestres contre certains recours, il l'a fait explicitement, par exemple : par. 14.06(1.2) (immunité à l'égard de certaines réclamations conférées au syndic qui continue l'exploitation de l'entreprise du débiteur ou lui succède comme employeur); par. 14.06(4) (protection du syndic dans certaines circonstances contre les ordonnances en matière environnementale); par. 41(8) (exonération de responsabilité par suite de la libération); par. 50(9) et 50.4(5) (protection du syndic contre la responsabilité pour préjudice subi par un tiers qui s'est fié à l'état de l'évolution de l'encaisse, lorsque l'état a été examiné avec

65

66

67

property); s. 148(3) (no action for a dividend lies against a trustee); s. 171(6) (trustee not liable for reasonable and good faith statement of opinion as to the probable cause of the bankruptcy); s. 197(3) (trustee not liable for costs of a proceeding); s. 251 (no action against a receiver for loss resulting from notice of the receiver's appointment); and s. 252 (no action against a receiver for failure to comply with the Act where the receiver reasonably believed the debtor was not insolvent).

68 In the absence of such express protection, the bankruptcy court should not convert the leave mechanism in s. 215 into blanket insulation for court-appointed officers.

69 The issue then becomes whether there is some reason why the long-standing principles governing the granting of leave should be different when the dispute relates to the receiver's obligations to the debtors' employees represented by a union.

70 The argument for a higher, more elaborate threshold advanced by the majority in the Court of Appeal is to enhance the receiver's ability to decide how and when to sell the assets, free from the fear of subsequent scrutiny for labour relations violations. The *Mancini* test does not in any way interfere with the protections that Parliament has deemed necessary to preserve the ability of trustees and receivers to discharge their duties flexibly and efficiently. If the argument is that the receiver should be protected from the threat of litigation by the Union because of its inevitable cost, delay and inconvenience, then no creditor should ever be granted leave to sue. No litigation is without delay, cost and inconvenience. But Parliament has nonetheless decided, through s. 215, that the bankruptcy court should, in its discretion, permit litigation against court-appointed officers. It has made no distinction between unions and other

soin et bonne foi); art. 80 (exonération de responsabilité du syndic à l'égard de pertes découlant de la saisie de biens); par. 148(3) (aucun droit d'action en recouvrement de dividende); par. 171(6) (protection du syndic contre la responsabilité découlant d'une déclaration raisonnable faite de bonne foi sur la cause probable de la faillite); par. 197(3) (exclusion de responsabilité personnelle en matière de frais de justice); art. 251 (protection du séquestre contre les actions fondées sur un préjudice découlant de l'envoi de l'avis de sa nomination); art. 252 (moyen de défense accordé au séquestre qui aurait contrevenu à la Loi s'il avait des motifs raisonnables de croire que le débiteur n'était pas insolvable).

En l'absence de dispositions expresses de ce genre, le tribunal de faillite ne devrait pas convertir la procédure d'autorisation établie à l'art. 215 en mesure de protection générale des auxiliaires de justice désignés par les tribunaux.

Il faut alors se demander pour quelle raison les principes établis de longue date qui régissent l'obtention de la permission devraient différer lorsque le litige a trait aux obligations du séquestre envers les employés syndiqués du débiteur.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont estimé qu'il fallait appliquer un critère plus exigeant et plus poussé afin d'accroître la capacité du séquestre de décider quand et comment il entend vendre l'actif du débiteur, sans craindre qu'on lui reproche plus tard d'avoir contrevenu aux règles en matière de relations de travail. Le critère de l'arrêt *Mancini* ne restreint nullement les mesures de protection que le législateur a jugé nécessaires d'établir pour préserver la capacité des syndics et des séquestres de s'acquitter de leurs fonctions avec souplesse et efficacité. Si l'on prétend qu'il y a lieu de protéger le séquestre contre les risques de poursuites par le Syndicat en raison des coûts, délais et inconvénients inévitables qu'elles occasionnent, il faudrait alors refuser à tout créancier la permission d'intenter des poursuites. Toute action en justice engendre des coûts, des délais et des inconvénients. Le législateur a tout de même décidé, en édictant

creditors in granting this discretionary authority and none should be imputed.

To impose a higher s. 215 threshold when it is a labour board issue is to read into the *Bankruptcy and Insolvency Act* a lower tolerance for the rights of employees represented by unions than for other creditors. I see nothing in the Act that suggests this dichotomy.

A hierarchical approach to s. 215 which makes it significantly more difficult for a successorship case to obtain leave would unduly give trustees and receivers more protection from being answerable to the court for possible misconduct related to potential breaches of labour relations, and offers unique and enhanced protection for trustees who violate labour rights. It is, moreover, an approach that undermines the protection of rights endorsed by this Court in *Crystalline*. As Borins J.A. of the Ontario Court of Appeal observed in *Royal Crest*:

While the important role performed by bankruptcy trustees is deserving of protection, the rights of labour unions to pursue legitimate issues on behalf of their members must also be respected. [para. 70]

The Court of Appeal unanimously — and correctly — reached the conclusion that the bankruptcy court cannot make declarations about, or immunize court-appointed officers from accountability for contraventions of applicable labour relations laws. Yet, the majority's proposed threshold for leave under s. 215 would not only upset the balance in the Act between the gate-keeper function of the bankruptcy court and protected property and civil rights, it would create a real risk that s. 215 would become a *de facto* means by which the

l'art. 215, que le tribunal de faillite devait posséder le pouvoir discrétionnaire de permettre l'engagement de poursuites contre des auxiliaires de justice nommés par les tribunaux. En accordant ce pouvoir discrétionnaire, il n'a pas fait de distinction entre les syndicats et d'autres créanciers, et il n'y a pas lieu de présumer qu'une telle distinction existe.

Resserrer le critère d'application de l'art. 215 lorsque le litige porte sur une question relevant d'une commission des relations de travail équivaut à reconnaître à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, par interprétation, une sensibilité moins grande envers les droits des employés syndiqués qu'envers ceux des autres créanciers. Je ne vois rien dans la Loi qui suggère une telle distinction.

Le fait d'appliquer l'art. 215 d'une manière hiérarchique, qui rendrait considérablement plus difficile l'obtention de la permission pour les demandes touchant le statut d'employeur successeur, aurait pour effet d'accorder indûment aux syndicats et aux séquestres une protection accrue contre les poursuites fondées sur de possibles fautes reliées à la violation des règles touchant les relations de travail et offrirait aux syndicats qui contreviennent aux lois en la matière une protection supplémentaire exceptionnelle. Une telle conception irait de plus à l'encontre de la protection des droits reconnus par notre Cour dans l'arrêt *Crystalline*. Comme l'a signalé le juge Borins de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Royal Crest* :

[TRADUCTION] Bien que le rôle important que jouent les syndicats mérite d'être protégé, le droit des syndicats de défendre les intérêts légitimes de leurs membres doit lui aussi être respecté. [par. 70]

La Cour d'appel a à l'unanimité — et à juste titre — conclu que le tribunal de faillite n'est pas habilité à rendre de jugement déclaratoire sur la responsabilité des auxiliaires de la justice désignés par les tribunaux à l'égard de contraventions aux lois applicables en matière de relations de travail, ni à protéger ceux-ci contre une telle responsabilité. Pourtant, le critère proposé par la majorité à l'égard des demandes de permission fondées sur l'art. 215 aurait non seulement pour effet de rompre l'équilibre établi par la Loi entre le rôle de

71

72

73

bankruptcy court could make such declarations, and, contrary to *Mancini*, effectively decide the issue on its merits. That is what happened at first instance in this case. As MacPherson J.A. observed in his dissent:

In short, and with respect, my colleague introduces through the side door of s. 215 (a leave provision, not a provision conferring authority on the receiver) precisely what she correctly does not permit the receiver to do through the front door of s. 47(2). [para. 115]

74 Section 215 is not designed to protect the trustee from well-founded litigation. It is designed to afford protection from claims for which there is no factual foundation. All major stakeholders, on a plain reading of the statute, have been given similar access for remedying alleged grievances against the trustee under ss. 37 and 215. Absent a statutory intention to the contrary, this symmetry should continue, whatever the identity of the stakeholder. There is no reason to depart from it when what is sought is relief from the labour board rather than from a bankruptcy judge.

75 That brings us to the proposed action in this case, namely a successor rights application before the labour board. Various provincial statutes provide that the successor employer is bound by the collective agreement and required to recognize the exclusive representation of the employees by their union. The statutes declare that the collective agreement is binding if the business has been sold or otherwise transferred to the successor until the tribunal otherwise declares.

76 In *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, Wilson J., in her dissenting reasons, explained that the purpose of the “successor rights”

gardien du tribunal de faillite et la protection de la propriété et des droits civils, mais aussi de faire naître le risque réel que l’art. 215 permette *de facto* au tribunal de faillite de rendre de tels jugements déclaratoires et, contrairement au principe formulé dans l’arrêt *Mancini*, de trancher concrètement la question au fond. C’est ce qui s’est produit en première instance dans la présente affaire. Comme l’a indiqué le juge MacPherson dans ses motifs dissidents :

[TRADUCTION] Bref, et cela dit en toute déférence, par l’art. 215 (qui est une disposition d’autorisation, et non une disposition conférant quelque pouvoir au séquestre), ma collègue permet indirectement à ce dernier de faire exactement ce qu’elle lui refuse, à juste titre d’ailleurs, de faire en vertu du par. 47(2). [par. 115]

L’article 215 n’a pas pour objet de protéger le syndic contre des actions en justice légitimes, mais bien contre les poursuites qui ne reposent sur aucun fondement factuel. Une simple lecture du texte de loi montre que les art. 37 et 215 offrent à tous les principaux intéressés la même possibilité de faire valoir un grief contre le syndic. En l’absence de toute intention contraire du législateur dans la loi, il faut maintenir cette symétrie, quel que soit l’intéressé. Rien ne justifie que l’on y déroge lorsque la réparation recherchée est du ressort d’une commission des relations de travail plutôt que d’un juge de faillite.

Cela nous amène à l’action envisagée en l’espèce, à savoir la présentation d’une requête à la Commission touchant le statut d’employeur successeur. Diverses lois provinciales disposent que l’employeur successeur est lié par les conventions collectives et tenu de reconnaître le syndicat comme représentant exclusif des employés. Ces lois déclarent que la convention collective continue de s’appliquer si l’entreprise a été vendue ou autrement transférée au successeur, jusqu’à déclaration contraire du tribunal compétent.

Dans *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l’industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, la juge Wilson a expliqué, dans ses motifs dissidents, que les dispositions des

provisions in labour legislation is “to prevent the loss of union protection by employees whose company’s business is sold or transferred” (p. 652). A successor employer is defined in s. 69(2) of the Ontario *Labour Relations Act, 1995* as someone who acquires a business by sale or transfer from an employer and is bound by any existing collective agreements until the Ontario Labour Relations Board rules otherwise.

To be found to be a successor employer, as McLachlin J. noted for the majority in *Lester*, a labour board must first determine whether a discernable part of the business was disposed of. This requires an examination of “the nature of the predecessor business, and the nature of the successor business” (p. 676) to determine whether the business of the predecessor is being performed by the successor. Relevant factors include the work covered by the terms of the collective agreement, the type of assets transferred, whether employees are transferred, and whether there is continuity of management or of the work performed. In each case, as McLachlin J. pointed out, the labour relations board must determine “if, within the business context in which the transaction occurred, it can reasonably be said on the factors present that the business or part of the business has been transferred from the predecessor to the successor” (p. 677).

KPMG and GMAC make a number of arguments directed specifically at the obstacles to the Union’s successorship claim, including a constitutional paramountcy argument relating to the effect of a successor employer declaration on the priority scheme in the *Bankruptcy and Insolvency Act*. These are matters for the labour board’s consideration. They are not germane to whether leave should be granted. And I appreciate the majority of the Court of Appeal’s concern that the possibility of subsequent labour relations scrutiny may have an impact on a receiver’s decision about how best to maximize stakeholder value. But again, this

lois sur le travail relatives au « statut d’employeur successeur » visaient à « empêcher la perte de l[a] protection syndicale par les employés d’une société dont l’entreprise est vendue ou transférée » (p. 652). Un employeur successeur est défini au par. 69(2) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario comme étant une personne qui acquiert une entreprise par suite de sa vente ou de son transfert par un employeur et qui est liée par les conventions collectives existantes jusqu’à déclaration contraire de la Commission.

S’exprimant au nom de la majorité de la Cour dans l’arrêt *Lester*, la juge McLachlin a indiqué que, pour conclure qu’une personne est employeur successeur, une commission des relations de travail doit d’abord déterminer si une partie identifiable de l’entreprise a été aliénée, ce qui exige un examen de « la nature de l’entreprise du prédécesseur ainsi que [de] la nature de l’entreprise du successeur » (p. 676) afin d’établir si l’entreprise du prédécesseur est exploitée par le successeur. Les facteurs pertinents à l’égard de cet examen sont notamment la nature des travaux visés par la convention collective, la sorte d’actif qui a été transféré, la question de savoir si des employés ont été transférés et s’il y a continuité dans la direction ou les travaux accomplis. Dans chaque cas, comme l’a signalé la juge McLachlin, la commission doit déterminer « si, dans le contexte commercial où s’est produit l’opération, on peut raisonnablement affirmer, compte tenu des facteurs en jeu, que l’entreprise ou une partie de l’entreprise a été transférée du prédécesseur au successeur » (p. 677).

KPMG et GMAC ont invoqué un certain nombre d’arguments portant expressément sur les obstacles à la requête du Syndicat relative à la qualité de successeur, notamment un argument constitutionnel fondé sur la doctrine de la prépondérance et concernant l’effet, sur l’ordre de priorité prévu dans la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, d’une déclaration reconnaissant la qualité d’employeur successeur. Il s’agit là de questions que la Commission doit examiner. Elles ne sont pas pertinentes à l’égard de la décision d’accorder ou non la permission d’intenter une action. Je comprends que les juges majoritaires de la Cour d’appel aient craint que la possibilité

goes not to whether leave should be granted, but is a consideration in deciding the merits of the successor rights application. Issues of successorship are within the exclusive jurisdiction of the labour relations board. The labour board has been given exclusive responsibility for deciding these issues because the provincial legislature has confidence in its ability to do so in the public interest, based not only on the expectations of employees, but on those of employers as well.

79 In this case, the Union sought to argue before the Ontario Labour Relations Board that the interim receiver became the employer of the employees after its appointment when it decided to employ them in order to continue operating the warehouse. As an employer, it would be obliged to abide by the collective agreement and applicable labour and employment statutes. The Union alleged it failed to do so by, among other acts, manipulating the sale agreement so that the Union was ousted from the purchaser's workforce.

80 It is by no means clear how the Board will deal with a particular successorship issue, since the outcome will be determined by the facts. But where, as here, it cannot be said that the Union's claim is frivolous or without an evidentiary foundation, it should be allowed to proceed.

81 A postscript: No notice of the motion appointing an interim receiver was given to the Union, the exclusive bargaining agent of the employees. I appreciate that what happened in this case is not uncommon: receivers routinely seek an *ex parte* order from the bankruptcy judge with a draft order agreed upon by the debtor corporation and major creditors. Unions, as in this case, receive no notice, thereby losing the opportunity at the earliest possible stage to participate in the formulation of the plan for dealing with the debtor's assets. Notice is

d'une instance devant la Commission influe sur la décision du séquestre quant à la meilleure façon de maximiser la valeur de l'actif au profit des intéressés. Une fois encore cependant, cette considération n'intervient pas dans la décision d'accorder ou non la permission demandée, mais plutôt dans l'examen au fond de la requête relative à la qualité d'employeur successeur. Ces questions relèvent de la compétence exclusive de la Commission. Le législateur provincial lui a conféré la responsabilité exclusive de trancher ces questions, parce qu'il l'a jugée apte à statuer sur ces questions dans l'intérêt public, eu égard non seulement aux attentes des employés mais également à celles des employeurs.

En l'espèce, le Syndicat a voulu faire valoir devant la Commission que le séquestre intérimaire était devenu l'employeur, après sa nomination, lorsqu'il a décidé d'avoir recours aux employés pour continuer à exploiter l'entrepôt. En sa qualité d'employeur, il serait tenu de respecter la convention collective et les dispositions législatives applicables en matière d'emploi et de travail. Selon le Syndicat, il s'est soustrait à cette obligation, notamment en manipulant l'acte de vente de telle sorte que le Syndicat soit exclu de la main-d'œuvre de l'acquéreur.

Il est difficile de prévoir la décision de la Commission sur une question donnée touchant la qualité d'employeur successeur, car chaque situation dépendra des faits qui lui sont propres. Toutefois, comme en l'espèce il est impossible d'affirmer que la demande du Syndicat est frivole ou n'est appuyée d'aucune preuve, celui-ci doit être autorisé à la présenter.

Un dernier point : aucun avis de la requête sollicitant la nomination d'un séquestre intérimaire n'a été donné au Syndicat, l'agent négociateur exclusif des employés. Je suis consciente que cette façon de faire n'est pas rare : les séquestres présentent couramment aux juges de faillite une demande d'ordonnance *ex parte* accompagnée d'un projet d'ordonnance sur lequel l'entreprise débitrice et les principaux créanciers se sont entendus. Comme ce fut le cas en l'espèce, les syndicats ne reçoivent aucun avis, perdant ainsi dès le départ la possibilité de participer à

no guarantee either of cooperation or resolution, but, arguably, a union shut out of the process early will eventually, like any major creditor, likely seek to protect its interests. As Iacobucci J. observed in *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701:

The point at which the employment relationship ruptures is the time when the employee is most vulnerable and hence, most in need of protection. In recognition of this need, the law ought to encourage conduct that minimizes the damage and dislocation (both economic and personal) that result [para. 95]

While advance negotiations with unions on important decisions may not eliminate a subsequent claim for successor employer liability, they could potentially yield a greater possibility for resolution than ignoring them would. Optimally, advance discussions about the impact on employees if the business is continued will lead to compromise rather than litigation.

This would have resulted, in this case, in the immediate integration of a significantly affected party into the development and supervision of the orderly, fair and effective management of the insolvency process. It would not, of course, necessarily have avoided a multiplicity of proceedings. Nor would it have guaranteed the Union's blessing of the proposed methodology for preserving and realizing the assets. But it would have, at the very least, ensured that its legitimate concerns were factored into the planning at an early enough stage, thereby possibly avoiding later proceedings such as those which arose in this case.

III. Disposition

I would allow the appeal with costs throughout, grant leave to the Union to bring its proceeding

l'établissement du plan de gestion de l'actif du débiteur. Bien que l'avis ne garantisse ni la coopération ni une solution, il est néanmoins possible de soutenir qu'un syndicat exclu dès le départ du processus cherchera tôt ou tard, comme tout autre créancier important, à protéger ses intérêts. Comme l'a fait remarquer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701 :

Le moment où il y a rupture de la relation entre l'employeur et l'employé est celui où l'employé est le plus vulnérable et a donc le plus besoin de protection. Pour reconnaître ce besoin, le droit devrait encourager les comportements qui réduisent au minimum le préjudice et le bouleversement (tant économique que personnel) qui résultent . . . [par. 95]

Même si la tenue de négociations préalables avec un syndicat sur des décisions importantes n'empêche pas nécessairement la présentation subséquente d'un recours fondé sur la responsabilité du successeur de l'employeur, de telles négociations peuvent quand même offrir plus de chance de parvenir à une solution que si le syndicat est maintenu à l'écart. Idéalement, des discussions préalables au sujet des effets de la poursuite des activités de l'entreprise sur les employés entraîneront un compromis plutôt qu'un litige.

En l'espèce, une telle mesure aurait eu pour effet d'associer d'entrée de jeu au déroulement et à la supervision de l'administration ordonnée, équitable et efficace du processus de faillite une partie nettement concernée par ce processus. Bien sûr, cela n'aurait pas nécessairement permis d'éviter une multiplicité de procédures. Cela n'aurait pas non plus assuré l'approbation par le Syndicat de la méthode proposée pour préserver et réaliser l'actif. Mais, à tout le moins, une telle démarche aurait fait en sorte que les préoccupations légitimes du Syndicat soient prises en compte suffisamment tôt dans le processus, évitant possiblement de ce fait des recours ultérieurs, comme ceux intentés dans la présente affaire.

III. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'accorder au syndicat la

82

83

84

before the labour board, and set aside those parts of the order that make a declaration about, or immunize the receiver from, successor employer liability. I would dismiss the cross-appeal with costs.

English version of the reasons delivered by

85 DESCHAMPS J. (dissenting on the appeal) — What factors guide a bankruptcy judge when hearing an application for leave to bring proceedings against a trustee? That is the main issue in this case. To resolve it, however, the Court must consider the limits on the application of provincial law in bankruptcy matters. For the reasons that follow, I am of the view that a judge who decides an application under s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”), must do so in a manner consistent with federal and provincial heads of power so as to avoid any constitutional conflicts. I would therefore affirm the Court of Appeal’s judgment ((2004), 71 O.R. (3d) 54) remitting the case to the Superior Court of Justice for reconsideration in light of the principles set out below.

86 I have read the reasons of Abella J. She concludes (at para. 78) that it is the Ontario Labour Relations Board (“OLRB”) that must decide the constitutional question. In my view, the *BIA* provides for a step that is specifically designed to avoid any constitutional conflicts, and the administrative tribunal should not be allowed to make an unconstitutional declaration. Thus, we disagree as to the forum that should hear and determine the conflict issue. A superior court judge presiding over a bankruptcy case acts as a specialized tribunal. He or she is very familiar with the duties and responsibilities of trustees and serves as the initial jurisdiction to which someone wanting to bring proceedings against a trustee must apply. I propose that the application for leave to bring proceedings pursuant to s. 215 *BIA* be analysed based on the actual effect of the proceedings on the duties and responsibilities of the trustee as set out in the *BIA*. Such an analysis is the only way to

permission de soumettre sa requête à la Commission et d’annuler les éléments de l’ordonnance concernant la responsabilité du séquestre en tant que successeur de l’employeur ou lui accordant l’immunité contre cette responsabilité. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente quant au pourvoi principal) — Quels facteurs guident le juge de faillite saisi d’une requête sollicitant la permission de poursuivre un syndic? Telle est la principale question en litige. Cette question amène cependant la Cour à se pencher sur les limites de l’application du droit provincial dans le contexte d’une faillite. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le juge appelé à statuer sur une requête fondée sur l’art. 215 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), doit assurer le respect des compétences législatives fédérales et provinciales, de façon à éviter tout conflit constitutionnel. Je confirmerais donc le jugement de la Cour d’appel ((2004), 71 O.R. (3d) 54) qui renvoie le dossier à la Cour supérieure de justice pour réexamen à la lumière des principes exposés ci-dessous.

J’ai pris connaissance de l’opinion de la juge Abella. Elle conclut (par. 78) que c’est la Commission des relations de travail de l’Ontario (« CRTO ») qui doit trancher la question constitutionnelle. Pour ma part, j’estime que la *LFI* prévoit une étape qui permet justement d’éviter tout conflit constitutionnel et que le tribunal administratif ne peut être autorisé à prononcer une déclaration inconstitutionnelle. Nous sommes donc divisées sur l’identité de la juridiction devant laquelle la question du conflit doit être débattue. Les juges des cours supérieures qui siègent en faillite agissent comme tribunal spécialisé. Ils connaissent les devoirs et responsabilités du syndic. Ils constituent le premier guichet auquel doit s’adresser la personne qui veut poursuivre le syndic. Je propose une analyse des demandes de permission de poursuivre fondées sur l’art. 215 *LFI* qui s’attache à l’effet concret des poursuites sur les devoirs et responsabilités du syndic aux termes de la *LFI*. Seule

guarantee compliance with the principles of constitutional law.

In order to assess the areas of conflict between the *BIA* and the provisions of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A (“*LRA*”), concerning successor employers, it will be helpful to begin by briefly reviewing the trustee’s role in the context of the 1992 reform of the bankruptcy scheme. I will then discuss the effect of successor employer declarations made by the OLRB before turning to the constitutional principles applicable in the event of conflict. I will conclude by identifying the specific criteria for avoiding conflicts and then making a few comments on the case before the Court.

1. Powers and Responsibilities of the Trustee

1.1 *Role of the Trustee*

Viewed generally, the administration of a bankruptcy is straightforward. The trustee receives the assets in one hand, then settles any claims with the other using the proceeds of realization of the assets. In concrete terms, the trustee, in performing these functions, plays an active role in the liquidation of the bankrupt’s estate. The trustee’s duties and responsibilities are explicitly governed by the *BIA*. The bankrupt’s property vests in the trustee (s. 71). The trustee’s powers with respect to the property are set out in the *BIA* (ss. 30 and 31). Subject to the rights of secured creditors and certain other exceptions, the remedies of all the creditors are stayed (s. 69.1). The *BIA* also governs the nature of provable claims and the claims procedure (s. 121). A trustee who carries on the bankrupt’s business or continues the employment of the bankrupt’s employees is not personally liable for any claims arising before the bankruptcy (s. 14.06(1.2)). However, trustees are authorized to settle such claims out of the assets vested in them (s. 67) by distributing the proceeds of realization of the assets in accordance with the *BIA*, based on the priority of payment for which that Act provides (ss. 136 to 147).

The trustee is, first and foremost, an officer of the court:

une telle analyse garantit le respect des règles du droit constitutionnel.

Afin de pouvoir évaluer les zones de conflit entre la *LFI* et les dispositions de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A (« *LRT* »), concernant la succession à titre d’employeur, il est utile, d’abord, de faire un survol du rôle du syndic dans le contexte de la réforme de 1992 du régime de la faillite. J’examinerai ensuite l’effet de la déclaration d’employeur par la CRTO, puis les règles constitutionnelles applicables en cas de conflit. Enfin, je terminerai en dégageant les critères propres à éviter les conflits et en formulant quelques commentaires sur le dossier dont la Cour est saisie.

1. Pouvoirs et responsabilités du syndic

1.1 *Rôle du syndic*

Considérée globalement, l’administration d’une faillite se fait selon une règle simple. Le syndic reçoit les actifs d’une main, puis de l’autre il règle les réclamations au moyen du produit de la réalisation de ces actifs. De façon concrète, ces fonctions se traduisent par un rôle actif du syndic dans la liquidation du patrimoine du failli. Les devoirs et responsabilités du syndic sont régis explicitement par la *LFI*. Les biens du failli lui sont dévolus (art. 71). Ses pouvoirs à l’égard de ces biens sont prévus par la *LFI* (art. 30 et 31). Sous réserve des droits des créanciers garantis et de quelques exceptions, les recours de tous les créanciers sont suspendus (art. 69.1). La *LFI* régit aussi la nature des réclamations prouvables de même que la procédure de réclamation (art. 121). Le syndic qui continue l’exploitation de l’entreprise du failli ou lui succède comme employeur n’est personnellement responsable d’aucune réclamation antérieure à la faillite (par. 14.06(1.2)). Il est cependant autorisé à les régler sur les actifs qui lui sont dévolus (art. 67), en répartissant le produit de leur réalisation conformément à la *LFI* et en suivant l’ordre de priorité établi par celle-ci (art. 136 à 147).

Le syndic est, avant tout, un auxiliaire de justice :

87

88

89

... and the Court regards him as its officer, and he is to hold money in his hands upon trust for its equitable distribution among the creditors.

(*Ex parte James, In re Condon* (1874), L.R. 9 Ch. App. 609, at p. 614)

90

The basis for the trustee's long-recognized role as an officer of the court is found in s. 16(4) *BIA*; under the *BIA*, the trustee has the same status as the interim receiver: *Parsons v. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160 (H.L.), at p. 167; L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at C§10 and C§44. This status obliges the trustee to act equitably and prudently, to cooperate with the court and, in a more general manner, to contribute to the proper administration of justice (*L'Heureux (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 945 (C.A.), at p. 949; *Caisse populaire de Pontbriand v. Domaine St-Martin Ltée*, [1992] R.D.I. 417 (C.A.); *Azco Mining Inc. v. Sam Lévy & Associés Inc.*, [2000] R.J.Q. 392 (C.A.); *Re Reed* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 83 (Ont. C.A.); J. Auger and A. Bohémier, "The Status of the Trustee in Bankruptcy" (2003), 37 *R.J.T.* 57, at pp. 99-100).

91

The *BIA* protects trustees while they are acting as officers of the court and exercising the powers conferred upon them by law. A trustee is not personally bound by the bankrupt's obligations. In addition to being protected by the provisions that confer immunity upon them (ss. 14.06(1.2), (2) and (4), 50(9) and 50.4(5)), trustees benefit from the screening of the proceedings provided for in s. 215, which is central to the litigation in the case at bar. The provisions that protect trustees against proceedings are a clear indication of Parliament's intent to give trustees the flexibility they need to discharge the duties imposed on them by the *BIA*.

92

It is also interesting to note that similar protections exist for monitors appointed under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11.7(4) and 11.8(1), (3) and (5), and liquidators acting pursuant to the *Winding-up*

[TRANSLATION] ... et le tribunal le considère comme son auxiliaire, chargé de conserver l'argent qui lui est confié afin qu'il puisse être réparti équitablement entre les créanciers.

(*Ex parte James, In re Condon* (1874), L.R. 9 Ch. App. 609, p. 614)

Le rôle d'auxiliaire de justice, qui est depuis longtemps reconnu par la jurisprudence, prend sa source dans le par. 16(4) *LFI*; la *LFI* confère au syndic un statut identique à celui du séquestre intérimaire : *Parsons c. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160 (H.L.), p. 167; L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, C§10 et C§44. Ce statut impose au syndic d'agir avec équité et prudence, de collaborer avec le tribunal et, plus généralement, de concourir à la saine administration de la justice (*L'Heureux (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 945 (C.A.), p. 949; *Caisse populaire de Pontbriand c. Domaine St-Martin Ltée*, [1992] R.D.I. 417 (C.A.); *Azco Mining Inc. c. Sam Lévy & Associés Inc.*, [2000] R.J.Q. 392 (C.A.); *Re Reed* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 83 (C.A. Ont.); J. Auger et A. Bohémier, « The Status of the Trustee in Bankruptcy » (2003), 37 *R.J.T.* 57, p. 99-100).

La *LFI* protège le syndic lorsqu'il agit comme auxiliaire de justice et qu'il exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. Il n'est pas tenu personnellement aux obligations du failli. En plus d'être protégé par les dispositions lui conférant une immunité (par. 14.06(1.2), (2) et (4), 50(9) et 50.4(5)), le syndic bénéficie du mécanisme de filtrage des poursuites que prévoit l'art. 215 et sur lequel repose tout le litige dans la présente affaire. Les dispositions protégeant le syndic contre les poursuites indiquent clairement l'intention du Parlement d'accorder au syndic la marge de manœuvre dont il a besoin pour accomplir les devoirs que lui impose la *LFI*.

Il est d'ailleurs intéressant de constater que le contrôleur d'un arrangement nommé en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, par. 11.7(4) et 11.8(1), (3) et (5), ainsi que le liquidateur agissant

and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, ss. 35.1 and 76(2).

1.2 1992 Reform

The rules governing bankruptcy changed considerably with the coming into force of the 1992 reform. The most striking change was the priority given to the reorganization of companies, as opposed to the interruption of business. D. C. A. Tay comments as follows on the significance of the *BIA*'s new thrust:

The main impact of the *BIA* is to change the thrust of Canada's bankruptcy legislation from liquidation to rehabilitation. Whereas the old Act dealt primarily with who gets what from the remains of the bankrupt's estate, the *BIA* tries to provide more ways for an insolvent debtor to stay alive and to restructure and reorganize its affairs.

(*Implications of the New Bankruptcy and Insolvency Act* (1993), article VI, "The Bankruptcy and Insolvency Act: Striking a Balance Between the Rights of the Debtor and its Creditors", at p. 2)

This change is fundamental, and it unquestionably constitutes one of the main objectives behind the reform. Its effect, in concrete terms, in the case at bar is that the trustee was obliged to facilitate the sale of a going concern rather than to cease operations and liquidate the assets. The objective of continuing operations is a factor that must be incorporated into the constitutional analysis when considering whether a provincial statute frustrates the purpose of the *BIA*.

The trustee's duties and responsibilities as a public officer permeate these new functions. The trustee has been transformed from a mere liquidator into an agent of financial restructuring. If trustees are responsible for ensuring that businesses survive and that jobs are preserved, then it follows that they must manage the businesses until purchasers can be found. The trustee's management role is essentially a temporary one. Although the length of

aux termes de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, ch. W-11, art. 35.1 et par. 76(2), bénéficiant de protections similaires.

1.2 Réforme de 1992

Les règles régissant la faillite ont été considérablement modifiées par l'entrée en vigueur de la réforme de 1992. Le changement le plus marquant est la priorité donnée à la réorganisation des entreprises plutôt qu'à l'interruption des affaires. L'auteur D. C. A. Tay signale l'importance de la nouvelle orientation imprimée par la loi :

[TRADUCTION] La *LFI* a pour principale conséquence que la législation canadienne en matière de faillite est désormais axée non plus sur la liquidation, mais sur la réhabilitation. Alors que l'ancienne loi régissait essentiellement la détermination du partage des biens du failli entre les créanciers, la *LFI* tend à offrir au débiteur insolvable un plus grand nombre de moyens d'éviter la faillite et de restructurer et réorganiser ses affaires.

(*Implications of the New Bankruptcy and Insolvency Act* (1993), article VI, « The Bankruptcy and Insolvency Act : Striking a Balance Between the Rights of the Debtor and its Creditors », p. 2)

Il s'agit d'un changement fondamental, qui constitue sans nul doute l'un des principaux objectifs ayant motivé la réforme. Dans le présent dossier, cela signifie concrètement que le syndic devait favoriser la vente d'une entreprise en exploitation plutôt que l'interruption des activités et la liquidation de l'actif démembré. L'objectif de maintien des activités est un élément qui doit être intégré à l'analyse constitutionnelle lorsqu'il s'agit de déterminer si une loi provinciale fait obstacle à la réalisation de l'objet de la *LFI*.

Les devoirs et responsabilités du syndic à titre d'auxiliaire de justice imprègnent ses nouvelles fonctions. De simple liquidateur, le syndic est devenu réorganisateur financier. S'il doit voir à la survie de l'entreprise et préserver les emplois, il s'ensuit qu'il doit la gérer, le temps de trouver un acquéreur. La gestion du syndic est essentiellement temporaire. Bien que la durée de son administration puisse varier selon la nature de l'entreprise et

93

94

95

the trustee's administration may vary depending on the nature of the business and the economic conditions at the time, the trustee serves essentially as a bridge in maintaining or reorganizing the business before handing it over to a purchaser.

96 It is clear from this crucial role of the trustee that bankruptcy inevitably has consequences for labour relations, which is why it is important to review the interrelationship of the rules of bankruptcy and those of labour relations, more specifically those applicable to the successor employer declaration.

2. Purpose and Effect of the Successor Employer Declaration

2.1 *Purpose of the Declaration*

97 Every Canadian legislature has enacted a provision pursuant to which employees' union protection remains in effect should the business they work for be transferred. The Ontario provision that is relevant to the instant case reads as follows:

69. . . .

(2) Where an employer who is bound by or is a party to a collective agreement with a trade union or council of trade unions sells his, her or its business, the person to whom the business has been sold is, until the Board otherwise declares, bound by the collective agreement as if the person had been a party thereto and, where an employer sells his, her or its business while an application for certification or termination of bargaining rights to which the employer is a party is before the Board, the person to whom the business has been sold is, until the Board otherwise declares, the employer for the purposes of the application as if the person were named as the employer in the application.

98 Without this protection, employees could, although still working at the same jobs, albeit for a new employer, be stripped of the rights their union had negotiated on their behalf.

99 In *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R.

les conditions économiques du moment, le syndic sert essentiellement de pont lorsqu'il maintient ou réorganise l'entreprise avant de la remettre à un acquéreur.

À la lumière de ce rôle crucial du syndic, on comprend qu'une faillite entraîne inévitablement des conséquences sur les relations de travail au sein de l'entreprise, d'où l'importance d'examiner l'interrelation entre les règles de la faillite et les relations de travail, plus spécifiquement la déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur.

2. But et effet de la déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur

2.1 *But de la déclaration*

Tous les législateurs canadiens ont adopté une disposition permettant aux employés de conserver la protection syndicale en cas de transfert de l'entreprise pour laquelle ils travaillent. La disposition ontarienne pertinente en l'espèce est rédigée ainsi :

69. . . .

(2) Si l'employeur qui est lié par une convention collective ou qui y est partie vend son entreprise, la personne à qui l'entreprise a été vendue est, jusqu'à déclaration contraire de la Commission, également lié [*sic*] par la convention collective comme s'il [*sic*] en était partie. Si l'employeur vend son entreprise alors qu'il est partie à une requête en accréditation ou en révocation du droit de négocier en cours devant la Commission, la personne à qui l'entreprise a été vendue est, jusqu'à déclaration contraire de la Commission, également l'employeur aux fins de la requête.

Sans cette protection, les employés pourraient dans les faits continuer à occuper le même emploi chez un nouvel employeur, mais en étant privés des droits que leur syndicat avait négociés en leur faveur.

Dans *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale*

644, McLachlin J., as she then was, explained the purpose of the successor employer declaration as follows:

The basic aim of such provisions is to prevent employees from losing union protection when a business is sold or transferred or when changes are made to the corporate structure of a business. . . . [p. 671]

Numerous factors are taken into consideration when establishing whether the purchaser of a business has succeeded to the vendor as employer. To determine whether the business has been transferred, the usual practice is to ask whether sufficient significant elements of its assets have been sold to the purchaser and assess the degree of continuity in the business's operations. Each case turns on its own facts, and no single factor is determinative. The decision maker may compare both the human aspects (employee know-how, management system, licences, patents, goodwill) and physical aspects (tangible assets of the business, equipment, land, location) of the assigned business with those of the new one to decide whether there has been a sale. The decision maker also determines whether the constituent parts of the business have been transferred as a whole that is sufficiently coherent for the transfer to be equivalent to the sale of the business as a "functional economic vehicle" and for the survival of the rights arising out of collective bargaining to be justified (*Lester*, at p. 676; *Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 197 (Ont.), at p. 208; *Lincoln Hydro Electric Commission*, [1999] O.L.R.B. Rep. May/June 397, at pp. 415-16; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 8-4 to 8-23).

2.2 *Effect of the Declaration*

The effect of a declaration by the OLRB that an entity has succeeded to another as an employer is that the entity in respect of which the declaration is made becomes a party to the collective agreement and becomes liable to perform all the obligations set out in that agreement, including those that were binding on the former employer before the business was transferred. The new employer becomes personally liable for the predecessor employer's

740, [1990] 3 R.C.S. 644, la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, met en relief le but de la déclaration de successeur à titre d'employeur :

Le but fondamental de ces dispositions est d'empêcher que des employés ne perdent leur protection syndicale lorsqu'une entreprise est vendue ou transférée ou lorsque des modifications sont apportées à la structure d'une entreprise. . . [p. 671]

De nombreux critères sont utilisés pour déterminer si l'acquéreur à qui l'entreprise a été transférée succède à son vendeur à titre d'employeur. Afin de décider s'il y a eu transfert de l'entreprise, on se demande généralement si suffisamment d'éléments importants de l'actif de cette entreprise ont été vendus à l'acquéreur et on évalue le degré de continuité des activités associées à cette entreprise. Chaque situation est un cas d'espèce et aucun critère n'est déterminant. Le décideur peut considérer autant l'aspect humain (savoir-faire des employés, système de gestion, licences, brevets, achalandage) que l'aspect physique (actif matériel de l'entreprise, équipement, terrain, emplacement) de l'entreprise cédée et de la nouvelle entreprise afin de conclure ou non à une vente. Le décideur vérifie aussi si les éléments composant l'entreprise sont transmis comme un tout suffisamment cohérent pour équivaloir à la vente de l'entreprise en tant que « véhicule économique fonctionnel » et justifier la survie des droits découlant de la négociation collective (*Lester*, p. 676; *Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 197 (Ont.), p. 208; *Lincoln Hydro Electric Commission*, [1999] O.L.R.B. Rep. May/June 397, p. 415-416; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 8-4 à 8-23).

2.2 *Effet de la déclaration*

Une déclaration par la CRTO qu'une entité succède à une autre à titre d'employeur a pour effet de faire de l'entité visée par cette déclaration une partie liée par la convention collective et de la rendre responsable de toutes les obligations y afférentes, y compris celles qui incombaient à l'ancien employeur avant le transfert de l'entreprise. Le nouvel employeur devient personnellement responsable tant des dettes de l'employeur précédent

debts, as well as for any violations of the collective agreement occurring before the sale. For example, the successor may be bound by an arbitration award against the predecessor and be forced to assume responsibility for unfair labour practices. Generally speaking, the successor is personally liable to perform the predecessor's obligations (*Adam v. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683, at pp. 694-95; *Man of Aran* (1974), 6 L.A.C. (2d) 238 (Ont.); *Woodbridge Hotel* (1976), 13 L.A.C. (2d) 96 (Ont.); *Uncle Ben's Industries*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 126 (B.C.); *Re United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 3054 and Cassin-Remco Ltd.* (1979), 105 D.L.R. (3d) 138 (Ont. H.C.J.); *Radio CJYQ-930 Ltd.* (1978), 34 di 617; Adams, at pp. 8-38.2 to 8-39; D. D. Carter, G. England, B. Etherington and G. Trudeau, *Labour Law in Canada* (5th ed. 2002), at pp. 280-81).

102 Although protecting employees upon the sale of a business is straightforward in the context of the transfer of obligations to the purchaser, a number of questions are raised when the issue arises in a situation involving a trustee. The difficulties faced by trustees are exacerbated by a lack of uniformity both in labour relations legislation across Canada and in the case law relating to that legislation (Adams, at pp. 8-4 *et seq.* and 8-39 *et seq.*).

103 It is common ground that the *LRA* confers the exclusive power to decide who is a "successor employer" on the OLRB. However, since the Ontario statute cannot frustrate the purpose of the *BIA*, it is necessary to determine to what extent a declaration that a trustee is a successor employer is compatible with the *BIA*.

3. Conflicts Between the *BIA* and the *LRA*

104 I have already discussed the effect of a successor employer declaration made under the *LRA*. Section 69(2) *LRA* provides that the purchaser of the business is bound by the obligations of the employer-vendor who signed the collective agreement as if the purchaser had been a party to that agreement. I

que des violations de la convention collective survenues avant la vente. Il peut, par exemple, être lié par une sentence arbitrale prononcée contre l'employeur précédent et devoir assumer la responsabilité découlant de pratiques de travail déloyales. De façon générale, il est personnellement tenu de respecter les obligations de l'employeur précédent (*Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683, p. 694-695; *Man of Aran* (1974), 6 L.A.C. (2d) 238 (Ont.); *Woodbridge Hotel* (1976), 13 L.A.C. (2d) 96 (Ont.); *Uncle Ben's Industries*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 126 (C.-B.); *Re United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 3054 and Cassin-Remco Ltd.* (1979), 105 D.L.R. (3d) 138 (H.C.J. Ont.); *Radio CJYQ-930 Ltd.* (1978), 34 di 617; Adams, p. 8-38.2 à 8-39; D. D. Carter, G. England, B. Etherington et G. Trudeau, *Labour Law in Canada* (5^e éd. 2002), p. 280-281).

Si la protection des employés, lors de la vente d'une entreprise, se conçoit facilement dans le contexte du transfert des obligations à l'acquéreur, cela ne va pas toutefois sans soulever plusieurs questions lorsqu'il s'agit d'appliquer cette notion à la situation du syndic. Les difficultés avec lesquelles le syndic doit composer sont accrues du fait que les lois sur les relations de travail ne sont pas uniformes à travers le Canada, pas plus d'ailleurs que la jurisprudence sur celles-ci (Adams, p. 8-4 et suiv.; p. 8-39 et suiv.).

Il est admis que la *LRT* confère à la CRTO le pouvoir exclusif de décider qui est « employeur successeur ». Cependant, comme la loi ontarienne ne saurait entraver la réalisation de l'objet de la *LFI*, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure une déclaration attribuant à un syndic la qualité d'employeur successeur est compatible avec la *LFI*.

3. Conflits entre la *LFI* et la *LRT*

J'ai déjà souligné l'effet d'une déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur prononcée en vertu de la *LRT*. Selon le par. 69(2) *LRT*, l'acquéreur de l'entreprise est lié par les obligations de l'employeur-vendeur qui avait signé la convention collective, comme s'il était partie à celle-ci.

also mentioned above that a declaration that a trustee is an employer within the meaning of the *LRA* would raise a number of questions. Even a cursory review brings a number of conflicts to light.

The most obvious conflict results from claims for unpaid wages. The effect of a successor employer declaration is that the person to whom it applies is liable for the obligations of the employer who signed the collective agreement. The new “employer”, the trustee in the case at bar, would be liable for all wages left unpaid by the bankrupt. This obligation is in direct conflict with two provisions of the *BIA*.

The first is s. 14.06(1.2), which explicitly provides as follows:

(1.2) Notwithstanding anything in any federal or provincial law, where a trustee carries on in that position the business of the debtor or continues the employment of the debtor’s employees, the trustee is not by reason of that fact personally liable in respect of any claim against the debtor or related to a requirement imposed on the debtor to pay an amount where the claim arose before or upon the trustee’s appointment.

As the declaration binds the trustee to perform all the obligations of the employer who signed the collective agreement, its effect is to impose on this officer of the court a personal liability from which he or she is explicitly exempted by s. 14.06(1.2).

The second incompatible provision is s. 136(1)(d), which gives priority to claims of the bankrupt’s employees for up to six months’ back pay, to a maximum of \$2,000 per employee. Any claims in excess of this amount are treated as ordinary claims and paid rateably (s. 141). If the trustee is considered to be an employer, he or she must pay the employees’ claims in full, which is inconsistent with the *BIA*. This is another situation in which there is a direct conflict because it is impossible to comply with both the *BIA* and the *LRA*. Although not all bankrupt employers accumulate debts for back pay in excess of the limits provided for in the *BIA*, when one does, the bankruptcy court cannot unconditionally allow a union

J’ai aussi mentionné plus haut que, si un syndic est déclaré employeur au sens de la *LRT*, cette déclaration n’est pas sans soulever plusieurs questions. En fait, un examen, même sommaire, permet de faire ressortir plusieurs conflits.

Le conflit le plus flagrant résulte des réclamations pour salaire impayé. Une déclaration attribuant la qualité d’employeur successeur rend la personne qui en fait l’objet responsable des obligations de l’employeur qui a signé la convention collective. Le nouvel « employeur », ici le syndic, serait responsable de tous les salaires impayés par le failli. Cette obligation entre en conflit direct avec deux dispositions de la *LFI*.

La première est le par. 14.06(1.2), qui énonce explicitement ce qui suit :

(1.2) Par dérogation au droit fédéral et provincial, le syndic qui, ès qualités, continue l’exploitation de l’entreprise du débiteur ou succède à celui-ci comme employeur est dégagé de toute responsabilité personnelle découlant de toute réclamation contre le débiteur ou liée à l’obligation de celui-ci de payer une somme si la réclamation est antérieure à sa nomination ou découle de celle-ci.

La déclaration assujettissant le syndic à toutes les obligations de l’employeur qui a signé la convention collective a pour effet d’imposer à cet auxiliaire de justice une responsabilité personnelle dont il est explicitement dégagé par le par. 14.06(1.2).

La deuxième disposition incompatible est l’al. 136(1)d), qui donne priorité aux créances des employés du failli pour les arriérés de salaire d’au plus six mois, jusqu’à concurrence de 2 000 \$ par employé. Toute créance excédentaire est traitée comme une réclamation ordinaire et acquittée au prorata des réclamations (art. 141). Si le syndic est considéré comme un employeur, il doit alors payer la réclamation des employés au complet, ce qui est incompatible avec la *LFI*. Il s’agit ici aussi d’un conflit direct résultant d’une impossibilité de se conformer à la fois à la *LFI* et à la *LRT*. Toutefois, tous les employeurs faillis n’accumulent pas des arriérés excédant les limites prévues par la *LFI*. Lorsqu’ils accumulent de tels arriérés, la cour de

105

106

107

to request that the trustee be declared the bankrupt's successor.

108 Another conflict may arise in situations similar to the one in *Adam v. Daniel Roy Ltée*. In that case, the new employer was ordered to reinstate and indemnify an employee who had been dismissed by the predecessor employer because of her union activities. Such a decision, if applied to a trustee, would require the trustee to reinstate an employee even though the bankruptcy had, in principle, terminated his or her employment (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27).

109 Other conflict situations are more subtle. One example is where a trustee must continue operating a business with only a few remaining employees. Procedures relating to lay-offs or to relocation may impose constraints that are incompatible with reorganization for bankruptcy purposes.

110 A final conflict results from the fact that the successor employer declaration is not time-limited. In the case of an actual purchaser, this poses no problems. In principle, the transfer of the business, like the declaration, is final. The same is not true in the case of a trustee, since the trustee, as an officer of the court, is entitled to be discharged once the administration of the assets has been completed (s. 41(2) *BIA*). An unconditional declaration would make the trustee an employer even though the reorganization has been completed and the trustee has been discharged by the bankruptcy court.

111 The above examples clearly illustrate that the successor employer declaration is not free of pitfalls when it applies to a trustee who must discharge his or her duties in accordance with the *BIA*. If in my first example it is clearly impossible to apply the two statutes concurrently, a situation in which the trustee could be held personally liable for debts of the bankrupt connected with the collective agreement would just as obviously frustrate the purpose

faillite ne peut, sans réserve, autoriser un syndicat à demander que le syndic soit déclaré successeur du failli.

Un autre conflit peut résulter d'une situation analogue à celle qui s'est produite dans l'arrêt *Adam c. Daniel Roy Ltée*. Dans cette affaire, le nouvel employeur a été condamné à réintégrer et à indemniser une employée congédiée pour activités syndicales par l'employeur précédent. Appliquée au syndic, une telle décision signifierait que celui-ci devrait réintégrer une employée, alors que la faillite a, en principe, mis fin à l'emploi de celle-ci (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27).

D'autres situations conflictuelles sont plus subtiles. C'est le cas par exemple lorsque le syndic doit assurer la continuité de l'entreprise en ne recourant qu'à quelques employés seulement. La procédure de mise à pied ou de déplacement peut imposer des contraintes incompatibles avec la réorganisation pour les besoins de la faillite.

Enfin, un autre conflit résulte du fait que la déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur n'est pas limitée dans le temps. Lorsqu'il s'agit du véritable acquéreur, l'absence de délai ne présente pas de difficultés. Le transfert de l'entreprise, comme la déclaration, ont en principe un caractère définitif. Il en va autrement dans le cas du syndic, puisque, en tant qu'auxiliaire de justice, il a le droit d'être libéré lorsque l'administration de l'actif est terminée (par. 41(2) *LFI*). Une déclaration non assortie de réserves fera du syndic un employeur, et ce, malgré la fin de la réorganisation et sa libération comme syndic par la cour de faillite.

Ces exemples illustrent clairement que la déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur n'est pas sans créer d'embûches lorsqu'elle vise un syndic qui doit exercer ses fonctions conformément à la *LFI*. Si mon premier exemple constitue un cas patent d'impossibilité d'application concurrente des deux lois, l'hypothèse de la responsabilité personnelle pour les dettes du failli se rapportant à la convention collective est un cas tout aussi

of the *BIA*. As Feldman J.A. stated in the instant case:

These bankruptcy considerations are critically important where an interim receiver could be declared a successor employer of the debtor if it carries on the debtor's business in order to sell it as a going concern. Whether to carry on the business is one of the most significant decisions that the receiver must make. That decision affects the entire direction of the bankruptcy and its outcome and, importantly, the ability of the receiver to maximize the value of the bankrupt's estate for the benefit of the affected stakeholders. [para. 53]

The decision to continue operating the business is central to the trustee's role under the *BIA*. This role cannot be disregarded. The parties must strike a balance between the trustee's duties and immunities under the *BIA* and the employees' rights under the *LRA*. In the event of conflict, the parties must refer to constitutional principles. A brief review of the relevant doctrines is therefore in order.

4. Double Aspect and Paramountcy Doctrines

Conflicts of legislative powers are not tolerated in constitutional law. A number of doctrines have been developed to ensure that federal and provincial powers are respected. Two of them are relevant here: double aspect and paramountcy. The doctrine of paramountcy has been considered in a number of this Court's decisions dealing specifically with bankruptcy, and it would be helpful to summarize those decisions.

4.1 *Double Aspect Doctrine*

Provincial legislatures have jurisdiction over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* (the "Constitution"). The regulation of conditions of employment falls under this head of power. No one is questioning the constitutionality either of the *LRA* as a whole or of s. 69(2). As for Parliament, it has jurisdiction over bankruptcy and insolvency under s. 91(21) of the *Constitution*, and neither its jurisdiction nor the

évident d'entrave à la réalisation de l'objet de la *LFI*. Comme le dit la juge Feldman de la Cour d'appel dans la présente affaire :

[TRADUCTION] Ces considérations relatives à la faillite sont de toute première importance lorsqu'un séquestre intérimaire pourrait être déclaré employeur successeur du débiteur, s'il exploite l'entreprise du débiteur en vue de la vendre à titre d'entreprise en activité. La décision d'exploiter ou non l'entreprise est une des plus importantes que doit prendre le séquestre. Elle a des incidences sur l'ensemble du déroulement de la faillite et sur l'issue de celle-ci, et, chose importante, sur la capacité du séquestre de maximiser la valeur de l'actif du failli au bénéfice de tous les intéressés. [par. 53]

La décision de continuer les activités de l'entreprise est au cœur de la mission confiée au syndic par la *LFI*. Cette mission ne peut être occultée. Les parties doivent identifier le point d'équilibre entre les devoirs et immunités du syndic en vertu de la *LFI* et les droits reconnus aux employés par la *LRT*. En cas de conflit, les parties doivent se reporter aux règles constitutionnelles. Il est donc opportun de faire un bref rappel des doctrines pertinentes.

4. Doctrines du double aspect et de la prépondérance

Le droit constitutionnel ne tolère pas le conflit de compétences législatives. Plusieurs doctrines ont été élaborées pour assurer le respect des compétences fédérales et provinciales. Deux d'entre elles sont pertinentes en l'espèce, le double aspect et la prépondérance. Cette dernière a fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour dans le contexte particulier de la faillite et il sera utile d'en rappeler les grandes lignes.

4.1 *La théorie du double aspect*

Les législateurs provinciaux ont compétence sur la propriété et les droits civils en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (la « Constitution »). La réglementation des conditions de travail relève de ce pouvoir. Ni la validité constitutionnelle de l'ensemble de la *LRT* ni celle du par. 69(2) ne sont remises en question. Par ailleurs, la compétence du Parlement à l'égard de la faillite et de l'insolvabilité repose sur le par. 91(21)

112

113

114

provisions granting powers and immunities to trustees are being contested. Thus, each of these statutes, in its own field, is within the jurisdiction of the level of government that enacted it.

115 When effect is given to federal and provincial statutes, they can often be applied concurrently. The Privy Council recognized this possibility at a very early stage:

... subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91.

(*Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at p. 130)

Thus, when trustees manage businesses while searching for a buyer, they derive their powers from the *BIA*, which is within federal jurisdiction. However, they are not exempt from the application of all provincial legislation. The *BIA* even makes express provision for the application of compatible provincial legislation relating to property and civil rights. Section 72(1) reaffirms the applicability of laws that are not in conflict with the *BIA*:

72. (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

A trustee who operates a business must satisfy a large number of requirements. For example, he or she may neither fail to collect source deductions from employees' pay nor violate minimum labour standards.

116 As a result, because of the division of legislative powers between the levels of government, trustees are subject to a large number of provincial statutes. Courts that hear disputes relating to the difficulty of applying federal and provincial

de la Constitution et n'est pas non plus contestée, pas plus du reste que les dispositions conférant des pouvoirs ou immunités au syndic. Il s'agit donc de deux lois relevant, chacune dans son domaine, de la compétence du niveau de gouvernement qui l'a adoptée.

Lorsque des lois fédérales et provinciales sont mises en œuvre, elles peuvent souvent être appliquées concurremment. Le Conseil privé a très tôt reconnu cette possibilité :

[TRADUCTION] ... des matières qui, sous un aspect donné et pour un objet précis, relèvent de l'art. 92 peuvent, sous un autre aspect et pour un objet différent, relever de l'art. 91.

(*Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, p. 130)

Ainsi, lorsque le syndic gère une entreprise le temps de trouver un acheteur, il tire ses pouvoirs de la *LFI*, qui est de compétence fédérale. Il n'est toutefois pas exempté de l'application de l'ensemble des lois provinciales. La *LFI* prévoit même explicitement l'application des règles provinciales compatibles concernant la propriété et les droits civils. Le paragraphe 72(1) réaffirme le maintien des lois non incompatibles :

72. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

Le syndic qui exploite une entreprise est assujéti à un grand nombre d'exigences à cet égard. Par exemple, il ne pourrait omettre de prélever les retenues à la source des salaires des employés ou déroger aux normes minimales du travail.

En raison du partage des pouvoirs législatifs entre les niveaux de gouvernement, le syndic est donc assujéti à un grand nombre de lois provinciales. Les tribunaux saisis de contestations portant sur la difficulté d'appliquer concurremment

statutes concurrently must attempt to reconcile the application of those statutes in a manner consistent with the respective jurisdictions of the two levels of government: *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56. Where conflict is unavoidable, another doctrine may apply, namely, paramouncy.

4.2 *Paramouncy Doctrine*

The paramouncy of federal laws over provincial laws in the event of conflict is a doctrine that was established long ago: W. R. Lederman, “The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada” (1963), 9 *McGill L.J.* 185. Conflicts that will trigger recourse to this doctrine may occur where it is impossible to apply a federal statute and a provincial statute simultaneously (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191), but may also occur where the application of a provincial statute frustrates the legislative purpose of a federal one: *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, and *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13, at para. 12.

While this principle is easily stated, it is not always easy to apply, as can be seen from the numerous cases on this subject.

4.3 *Specific Context of Bankruptcy*

The *BIA* and the *LRA* are not necessarily incompatible. While it is important to acknowledge potential conflicts, it is just as important to ensure that the paramouncy doctrine is not interpreted in a way that makes it impossible to apply provincial provisions in respect of aspects that are compatible with the federal statute. The double aspect doctrine is as important as the doctrine of paramouncy. Courts must ensure that the balance struck by the Constitution is respected and that each level of government can exercise its jurisdiction fully when this can be done without impeding action by the other level.

des lois fédérales et provinciales doivent tenter de concilier l’application de ces lois de façon à respecter les champs de compétence respectifs des deux ordres de gouvernement : *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56. Lorsque le conflit est inévitable, une autre doctrine peut être pertinente, celle de la prépondérance.

4.2 *La doctrine de la prépondérance*

La prépondérance des lois fédérales sur les lois provinciales en cas de conflit est une doctrine établie de longue date : W. R. Lederman, « The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada » (1963), 9 *McGill L.J.* 185. Un conflit propre à déclencher le recours à cette doctrine peut résulter de l’impossibilité d’appliquer simultanément une loi fédérale et une loi provinciale : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191, mais peut aussi naître du fait que l’application de la loi provinciale entrave la réalisation de l’objet de la loi fédérale : *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, et *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13, par. 12.

S’il est facile d’énoncer ce principe, son application n’est pas toujours aisée, comme en font foi les nombreux litiges sur la question.

4.3 *Contexte particulier de la faillite*

La *LFI* et la *LRT* ne sont pas d’emblée incompatibles. S’il est important de reconnaître les conflits potentiels, il est tout aussi important de faire en sorte que la doctrine de la prépondérance ne soit pas interprétée de façon à empêcher l’application des dispositions provinciales pour les aspects qui sont compatibles avec la loi fédérale. La théorie du double aspect revêt une importance tout aussi grande que celle de la prépondérance. Les tribunaux doivent s’assurer que l’équilibre prévu par la Constitution est respecté et que chaque niveau de gouvernement peut exercer pleinement ses compétences lorsque cela peut se faire sans entraver l’action de l’autre niveau.

117

118

119

120 In several important judgments on the subject of bankruptcy, this Court has considered the relationship between bankruptcy legislation and various aspects of provincial property law: *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, and *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 2 S.C.R. 564, 2005 SCC 52.

121 In *Husky Oil*, Gonthier J., writing for the majority, summarized the principles that can serve as a basis for a “consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements” (para. 31). He not only noted that provinces may not *directly* affect priorities under the *Bankruptcy Act*, but also stated propositions that permit the paramountcy doctrine to be applied where provincial legislation *indirectly* conflicts with the *BIA* (paras. 32 (quoting A. J. Roman and M. J. Sweatman, “The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77, at pp. 78-79) and 39):

- | | |
|--|---|
| <p>(1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the <i>Bankruptcy Act</i>;</p> <p>(2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy has occurred section 136(1) of the <i>Bankruptcy Act</i> determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;</p> <p>(3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the <i>Bankruptcy Act</i> this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation; . . .</p> | <p>En matière de faillite, plusieurs arrêts importants de la Cour étudient les rapports entre la législation relative à la faillite et divers aspects du droit provincial régissant la propriété : <i>Sous-ministre du Revenu c. Rainville</i>, [1980] 1 R.C.S. 35; <i>Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board</i>, [1985] 1 R.C.S. 785; <i>Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)</i>, [1988] 1 R.C.S. 1061; <i>Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.</i>, [1989] 2 R.C.S. 24; <i>Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national</i>, [1995] 3 R.C.S. 453, et <i>D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)</i>, [2005] 2 R.C.S. 564, 2005 CSC 52.</p> <p>Dans <i>Husky Oil</i>, le juge Gonthier, qui s'exprimait pour la majorité, résume les principes permettant de formuler une « philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu'il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens » (par. 31). Non seulement rappelle-t-il que les provinces ne peuvent modifier <i>directement</i> l'ordre de priorité établi par la <i>Loi sur la faillite</i>, mais il énonce aussi les propositions qui permettent d'appliquer la théorie de la prépondérance là où une loi provinciale entre en conflit <i>indirectement</i> avec la <i>LFI</i> (par. 32 (citant A. J. Roman et M. J. Sweatman, « The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act : The War is Over » (1992), 71 <i>R. du B. can.</i> 77, p. 78-79) et 39) :</p> <p>(1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la <i>Loi sur la faillite</i>;</p> <p>(2) bien qu'une loi provinciale puisse valablement modifier l'ordre de priorité dans un contexte autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la <i>Loi sur la faillite</i> qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;</p> <p>(3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la <i>Loi sur la faillite</i>, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;</p> |
|--|---|

- (4) the definition of terms such as “secured creditor”, if defined under the Bankruptcy Act, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for purposes of the Bankruptcy Act[;]
- (4) en matière de faillite, des expressions comme « créancier garanti », lorsqu’elles sont définies dans la Loi sur la faillite, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la Loi sur la faillite[;]
- (5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance. The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly;
- (5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l’emporte sur le fond. Les provinces n’ont pas le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement;
- (6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the *effect* of provincial legislation is to do so. [Emphasis in original.]
- (6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n’est pas nécessaire que la province ait eu l’intention d’empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d’être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet *effet*. [Souligné dans l’original.]

Although the propositions enunciated in *Husky Oil* relate more specifically to conflicts between provincial statutes and the scheme of distribution established in the *BIA*, they have a scope that extends beyond that specific context, and they demonstrate how the paramouncy doctrine applies in the context of bankruptcy.

In principle, a trustee should not be bound by obligations that interfere with the resolution of the bankruptcy. However, all the conflicts to which I have alluded will not occur every time the OLRB makes a successor employer declaration. On the one hand, it may be that in the particular circumstances of a case, the trustee’s conduct is inconsistent with the role entrusted to him or her by the *BIA*; on the other hand, the OLRB may make a partial declaration if the union does not require the transfer of all the former employer’s obligations. The case at bar is a good example of the latter situation. The union argues that it is not seeking a declaration of liability for debts owed before the appointment of the receiver. While this clarification is helpful, it does not avert every potential conflict.

Même si les propositions énoncées dans *Husky Oil* traitent plus particulièrement des conflits entre les lois provinciales et le plan de répartition établi par la *LFI*, elles ont une portée qui déborde ce cadre spécifique et servent à démontrer comment la doctrine de la prépondérance s’applique dans le contexte de la faillite.

En principe, le syndic ne doit pas être assujéti à des obligations qui entravent le règlement de la faillite. Tous les conflits auxquels j’ai fait allusion ne se produiront cependant pas à chaque fois que la CRTO prononce une déclaration attribuant la qualité d’employeur successeur. D’une part, les circonstances particulières d’une affaire peuvent révéler une conduite du syndic qui se démarque du rôle qui lui est confié par la *LFI* et, d’autre part, la CRTO peut prononcer une déclaration partielle lorsque le syndicat ne requiert pas le transfert de toutes les obligations de l’ancien employeur. La présente affaire est un bon exemple de ce dernier cas. Le syndicat plaide qu’il ne cherche pas à obtenir une déclaration de responsabilité pour les dettes dues avant la nomination du séquestre. Cette précision est utile, mais elle n’écarte pas tous les conflits potentiels.

122

123

124 The Superior Court plays a decisive role in identifying potential conflicts and must not authorize proceedings that could give rise to a conflict. A judge who denies leave to bring proceedings does not declare the provincial provision to be of no force or effect; he or she merely avoids the conflict by relying on the paramountcy doctrine in a preventive manner, hence the importance of the screening mechanism of s. 215 *BIA*.

5. Section 215 *BIA*

5.1 *Purpose of Section 215 BIA*

125 As I mentioned earlier, Parliament's intent to give trustees flexibility in administering bankruptcies is evident in the immunities provided for in the *BIA*. Section 215 plays an important role in protecting trustees, because a superior court must, in applying it, screen proceedings that could be brought against them. It reads as follows:

215. Except by leave of the court, no action lies against the Superintendent, an official receiver, an interim receiver or a trustee with respect to any report made under, or any action taken pursuant to, this Act.

126 My colleague Abella J. objects to incorporating factors related to the special nature of a declaration that a trustee is an employer into the criteria for applying s. 215 *BIA*. To do so would in her view be to create a special and exceptional test for such a declaration. I myself see it as an incorporation of constitutional principles and an adjustment to new dimensions of the remedies that may be authorized against trustees.

127 Like Feldman and Cronk JJ.A., I am of the opinion that s. 215 acts as a screening mechanism for the purpose of ensuring that provincial and federal statutes do not conflict with each other. The bankruptcy judge acts as a specialized tribunal. Not only is the bankruptcy judge responsible for applying the federal statute, which must take precedence over provincial legislation in the event of

La Cour supérieure joue un rôle déterminant dans l'identification des conflits potentiels et elle ne doit pas autoriser une poursuite qui risque de créer un conflit. Le juge qui refuse d'autoriser une poursuite ne déclare pas nulle ou inopérante la disposition provinciale, il ne fait qu'éviter le conflit en recourant de façon préventive à la doctrine de la prépondérance. De là l'importance du mécanisme de filtrage de l'art. 215 *LFI*.

5. L'article 215 *LFI*

5.1 *Le but de l'art. 215 LFI*

J'ai dit plus tôt que l'intention du Parlement de faire bénéficier le syndic d'une marge de manœuvre dans l'administration de la faillite ressort des immunités prévues par la *LFI*. L'article 215 joue un rôle important dans la protection accordée au syndic, parce qu'en application de celui-ci une cour supérieure doit filtrer les poursuites susceptibles d'être intentées contre lui. Cette disposition est rédigée ainsi :

215. Sauf avec la permission du tribunal, aucune action n'est recevable contre le surintendant, un séquestre officiel, un séquestre intérimaire ou un syndic relativement à tout rapport fait ou toute mesure prise conformément à la présente loi.

Ma collègue la juge Abella s'oppose à l'intégration, dans les critères d'application de l'art. 215 *LFI*, de facteurs qui prendraient en considération la nature particulière d'une déclaration attribuant au syndic la qualité d'employeur. Elle y voit la création d'un test particulier et exceptionnel à l'égard de cette déclaration. J'y vois plutôt l'incorporation des règles constitutionnelles et une adaptation aux nouvelles dimensions des recours pouvant être autorisés contre un syndic.

À l'instar des juges Feldman et Cronk, je suis d'avis que l'art. 215 agit comme mécanisme de contrôle permettant d'éviter que des lois provinciale et fédérale n'entrent en conflit l'une avec l'autre. Le juge de faillite agit à titre de tribunal spécialisé. Non seulement est-il chargé d'appliquer la loi fédérale, laquelle doit primer sur les lois provinciales en cas de conflit, mais il est aussi le premier à être

conflict, but he or she is also the first person before whom the issue of the potential conflict is raised and the only one in a position to assess all the interests at stake. It is the bankruptcy judge who must decide all issues relating to the application of the *BIA*.

In *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, [2006] 1 S.C.R. 513, 2006 SCC 14, the Court recognized the central role of the first court or tribunal to which a claimant applies. That case required a decision as to which of two administrative tribunals should decide an issue relating to human rights. In the case at bar, the choice is between the Superior Court and an administrative tribunal, the OLRB, and, what is more, it involves a constitutional question. In light of the Superior Court's expertise in bankruptcy matters and in matters relating to the Constitution, there is all the more reason to choose the Superior Court instead of the administrative tribunal. The bankruptcy court must be permitted to play its central role in full before the tribunal external to the bankruptcy considers the application against the trustee: *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92. In contrast, the OLRB specializes in labour relations, and its mission is to apply the *LRA* and, more specifically in the case at bar, s. 69(2), the purpose of which is to protect employees. Since the bankruptcy of a business affects the interests of all the creditors, not just of the employees, the bankruptcy judge is in a better position to evaluate the interests at stake and prevent conflicts.

I agree with my colleague Abella J. that the trustee is not immunized by the *BIA*. There are two sections that provide for supervision of the trustee's activities: ss. 37 and 215. Section 37 allows any interested person to apply to the bankruptcy court to have it confirm, reverse or modify an act or decision of a trustee that is the subject of a complaint. This remedy is not conditional on first obtaining leave and it sometimes constitutes an alternative remedy to s. 215 *BIA*. What distinguishes s. 37 from s. 215 is that the latter allows proceedings to be brought in a court or tribunal *other* than the

saisi de la question du conflit potentiel et est le seul qui soit en mesure d'évaluer l'ensemble des intérêts en jeu. Il est celui qui sera chargé de tous les aspects de l'application de la *LFI*.

Dans *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513, 2006 CSC 14, la Cour a reconnu le rôle central du premier tribunal auquel un réclamant s'adresse. Dans cette affaire, il s'agissait de décider lequel de deux organismes administratifs devait décider d'une question touchant les droits de la personne. En l'espèce, le choix oppose la Cour supérieure et un tribunal administratif, la CRTO, et concerne de surcroît une question constitutionnelle. Vu l'expertise de la Cour supérieure en matière de faillite et en matière constitutionnelle, le choix doit, à plus forte raison, s'arrêter sur celle-ci plutôt que sur le tribunal administratif. Il faut laisser la cour de faillite jouer pleinement son rôle central avant que le tribunal externe à la faillite soit saisi de la demande contre le syndic : *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978, 2001 CSC 92. Par contraste, la CRTO est spécialisée dans les relations de travail et a comme mission d'appliquer la *LRT* et, plus particulièrement ici, le par. 69(2), qui a pour but de protéger les employés. Comme la faillite d'une entreprise met en cause les intérêts de tous les créanciers et non pas seulement ceux des employés, le juge de faillite est dans une meilleure position pour évaluer les intérêts en cause et prévenir les conflits.

D'ailleurs, je suis d'accord avec ma collègue la juge Abella lorsqu'elle dit que le syndic n'est pas immunisé par la *LFI*. Deux dispositions pouvoient au contrôle de l'activité du syndic : les art. 37 et 215. L'article 37 permet à tout intéressé de s'adresser à la cour de faillite pour lui demander de confirmer, d'infirmer ou de modifier un acte ou une décision du syndic qui fait l'objet d'une plainte. Ce recours ne requiert pas de permission préalable et constitue parfois un recours alternatif à l'art. 215 *LFI*. Ce qui distingue l'art. 37 de l'art. 215 est que cette dernière disposition permet d'intenter un recours

128

129

bankruptcy court and that it requires leave. Leave is required here because Parliament intended that the bankruptcy court have control over the proceedings. The other court or tribunal is not one that specializes in bankruptcy matters.

130

The vast majority of the decisions based on s. 215 are from cases involving alleged wrongdoing by a trustee: *Alamo Linen Rentals Ltd. v. Spicer Macgillivry Inc.* (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 38 (Ont. Prov. Ct.); *Beatty Limited Partnership (Re)* (1991), 1 O.R. (3d) 636 (Gen. Div.); *Chastan Ventures Ltd., Re* (1993), 23 C.B.R. (3d) 115 (B.C.S.C.); *Willows Golf Corp. (Bankrupt), Re* (1994), 119 Sask. R. 208 (Q.B.); *McKyes, Re*, 1996 CarswellQue 2575 (Sup. Ct.); *Nicholas v. Anderson* (1998), 5 C.B.R. (4th) 256 (Ont. C.A.); *Gallo v. Beber* (1998), 7 C.B.R. (4th) 170 (Ont. C.A.); *Kearney v. Feldman*, [1998] O.J. No. 5109 (QL) (Gen. Div.); *Burton v. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9 (Ont. S.C.J.); *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v. Armitage* (2000), 20 C.B.R. (4th) 160 (Ont. C.A.); *Mann v. KPMG Inc.* (2000), 197 Sask. R. 181, 2000 SKQB 460; *Vanderwoude v. Scott & Pichelli Ltd.* (2001), 25 C.B.R. (4th) 127 (Ont. C.A.); *Caswan Environmental Services Inc., Re* (2001), 24 C.B.R. (4th) 191, 2001 ABQB 240; *K.D.N. Distribution & Warehousing Ltd., Re* (2002), 33 C.B.R. (4th) 77 (Ont. S.C.J.); *Canada 3000 Inc. (Re)*, [2002] O.J. No. 3266 (QL) (S.C.J.); *MacLean v. Morash* (2003), 219 N.S.R. (2d) 83, 2003 NSSC 219; *Down, Re* (2003), 46 C.B.R. (4th) 58, 2003 BCSC 1286; *Jiwani v. Devgan*, [2005] O.J. No. 2868 (QL) (S.C.J.); *105497 Ontario Inc. v. Schwartz Levinsky Feldman Inc.* (2005), 12 C.B.R. (5th) 122 (Ont. S.C.J.); and *477470 Alberta Ltd., Re* (2005), 12 C.B.R. (5th) 125, 2005 ABQB 430.

131

The courts have hesitated to grant leave to bring proceedings against a trustee for the purpose of obtaining a declaration that the trustee is a successor employer. The instant case exemplifies this, but the Court of Appeal is not alone in this respect: *588871 Ontario Ltd., Re* (1995), 33 C.B.R. (3d) 28 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

devant un tribunal *autre* que la cour de faillite et qu'une permission est requise. Cette permission est requise parce que le Parlement a voulu que la cour de faillite exerce un contrôle sur les poursuites qui sont intentées. L'autre tribunal n'est pas un tribunal spécialisé en matière de faillite.

La vaste majorité des décisions fondées sur l'art. 215 concernent des cas où une faute est reprochée au syndic : *Alamo Linen Rentals Ltd. c. Spicer Macgillivry Inc.* (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 38 (C. prov. Ont.); *Beatty Limited Partnership (Re)* (1991), 1 O.R. (3d) 636 (Div. gén.); *Chastan Ventures Ltd., Re* (1993), 23 C.B.R. (3d) 115 (C.S.C.-B.); *Willows Golf Corp. (Bankrupt), Re* (1994), 119 Sask. R. 208 (B.R.); *McKyes, Re*, 1996 CarswellQue 2575 (C.S.); *Nicholas c. Anderson* (1998), 5 C.B.R. (4th) 256 (C.A. Ont.); *Gallo c. Beber* (1998), 7 C.B.R. (4th) 170 (C.A. Ont.); *Kearney c. Feldman*, [1998] O.J. No. 5109 (QL) (Div. gén.); *Burton c. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9 (C.S.J. Ont.); *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada c. Armitage* (2000), 20 C.B.R. (4th) 160 (C.A. Ont.); *Mann c. KPMG Inc.* (2000), 197 Sask. R. 181, 2000 SKQB 460; *Vanderwoude c. Scott & Pichelli Ltd.* (2001), 25 C.B.R. (4th) 127 (C.A. Ont.); *Caswan Environmental Services Inc., Re* (2001), 24 C.B.R. (4th) 191, 2001 ABQB 240; *K.D.N. Distribution & Warehousing Ltd., Re* (2002), 33 C.B.R. (4th) 77 (C.S.J. Ont.); *Canada 3000 Inc. (Re)*, [2002] O.J. No. 3266 (QL) (C.S.J.); *MacLean c. Morash* (2003), 219 N.S.R. (2d) 83, 2003 NSSC 219; *Down, Re* (2003), 46 C.B.R. (4th) 58, 2003 BCSC 1286; *Jiwani c. Devgan*, [2005] O.J. No. 2868 (QL) (C.S.J.); *105497 Ontario Inc. c. Schwartz Levinsky Feldman Inc.* (2005), 12 C.B.R. (5th) 122 (C.S.J. Ont.), et *477470 Alberta Ltd., Re* (2005), 12 C.B.R. (5th) 125, 2005 ABQB 430.

Par ailleurs, le tribunal se montre réticent à accorder une permission lorsqu'il s'agit de poursuivre le syndic pour faire déclarer qu'il succède à titre d'employeur successeur. La présente affaire l'illustre, mais la Cour d'appel ne faisait pas cavalier seul : *588871 Ontario Ltd., Re* (1995), 33 C.B.R. (3d) 28 (C. Ont. (Div. gén.)).

With the evolution of administrative law and the growing number of specialized tribunals, s. 215 is now used for a much wider variety of purposes than before. I agree with what Feldman J.A. said on this subject:

In cases to date dealing with leave under s. 215 of the *BIA*, such as *Mancini*, where the issue has been trustee wrongdoing, factors relating to the bankruptcy court's control over the process have not arisen. In such cases, if leave is granted, the trustee will hire a lawyer to defend it in court, and the trustee will proceed to carry out its duties conducting the receivership or bankruptcy. [para. 54]

Applications for leave based on grounds other than negligence or refusal by the trustee to discharge his or her duties are thus a fairly recent occurrence. It is quite clear from the few reported cases that bankruptcy judges are desirous of preserving the trustee's flexibility and that they ensure that proceedings brought before the other court or tribunal do not impede action by the trustee. For instance, in *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, the Ontario Superior Court dismissed a union's motion for leave to apply to the OLRB on the following basis:

There has been no allegation, let alone evidence, that the Trustee here (even if one were to consider E&Y Inc. in its capacity as IR) has been dragging its feet or will do so. The CUPE cross-motion for leave is dismissed without prejudice to such a motion being brought back on again with appropriate factual underpinning which I would be of the view ought to demonstrate that the Trustee has slipped over from functioning *qua* realizer of assets in a diligent fashion to the role of being predominantly an employer in its activities. [para. 29]

On an appeal from that judgment ((2004), 46 C.B.R. (4th) 126, at para. 27), the Ontario Court of Appeal explicitly approved the Superior Court's approach, although it noted the constraints inherent in the bankruptcy context:

A bankruptcy is a disaster. A company has failed; in many cases it will not survive. Creditors, who provided goods and services in good faith, may lose

Avec le développement du droit administratif et la multiplication des tribunaux spécialisés, l'art. 215 est maintenant utilisé à des fins beaucoup plus variées qu'auparavant. J'approuve à ce sujet ce que dit la juge Feldman de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] Dans les décisions rendues jusqu'ici au sujet de la permission exigée à l'art. 215 de la *LFI*, par exemple *Mancini*, et où le litige portait sur une faute du syndic, il n'était pas question de facteurs touchant au contrôle exercé par le tribunal de faillite sur le processus. Dans de tels cas, si la permission est accordée, le syndic retient les services d'un avocat pour se défendre devant le tribunal, et il peut continuer à accomplir ses fonctions relatives à la mise sous séquestre ou à la faillite. [par. 54]

Les demandes de permission fondées sur des moyens autres que la négligence ou le refus du syndic de remplir les devoirs de sa charge sont donc une réalité assez récente. Les quelques cas répertoriés montrent bien que les juges de faillite sont soucieux de préserver la marge de manœuvre du syndic et s'assurent que les poursuites intentées devant l'autre tribunal n'entravent pas l'action du syndic. Ainsi, dans *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, la Cour supérieure de l'Ontario a rejeté, pour les motifs suivants, la requête du syndicat demandant la permission de s'adresser à la CRTO :

[TRADUCTION] Il n'a pas été allégué — et encore moins prouvé — qu'en l'espèce le syndic (même si E&Y Inc. était considéré en sa qualité de séquestre intérimaire) a traîné les pieds ou le fera. La requête incidente de permission présentée par le SCFP est rejetée, sans préjudice de la possibilité que soit soumise ultérieurement une requête semblable sur une base factuelle appropriée, laquelle devrait à mon avis démontrer que le syndic a cessé d'agir avec diligence en tant que liquidateur pour jouer principalement le rôle d'employeur. [par. 29]

En appel de ce jugement ((2004), 46 C.B.R. (4th) 126, par. 27), la Cour d'appel de l'Ontario appuie explicitement l'approche adoptée par la Cour supérieure, tout en rappelant les contraintes inhérentes au contexte de la faillite :

[TRADUCTION] Une faillite est une catastrophe. Une entreprise a échoué; dans biens des cas, elle ne survivra pas. Les créanciers, qui de bonne foi lui ont fourni des

substantial sums of money. Employees of the bankrupt company instantly lose their jobs.

The bankruptcy judge is thrown into the middle of the disaster. The judge will need to make important decisions that will affect the future of the company, creditors and employees. The qualities of a good bankruptcy judge are therefore expertise, sensitivity and speed.

The trustee has many responsibilities — to the estate it is managing, to creditors and to the court. Where, as here, a trustee in bankruptcy seeks to hire former employees of the bankrupt company, the trustee also has a responsibility to those employees. The trustee's decision to bring a motion on the first day of its trusteeship seeking a declaration that it not be deemed a successor employer "for any purpose whatsoever" was, in the bankruptcy judge's view, premature. Accordingly, he dismissed the motion. The trustee does not appeal this component of his decision.

Equally, the appellants' cross-motion, understandable perhaps because of the trustee's motion, was also, arguably, misconceived. The first day of a bankruptcy is hardly "business as usual" for anyone, including the employees. The relationship between the trustee and the employees of the bankrupt company cannot be resolved instantly. Care, sensitivity, negotiation and at least some time will be necessary before an appropriate relationship can be set in place. The bankruptcy judge regarded the union's cross-motion as premature as well. Accordingly, he dismissed it, but without foreclosing the possibility that such a motion could succeed once the parties, at a minimum, had explored the establishment of an appropriate employment relationship. Again, I see no basis for interfering with the bankruptcy judge's exercise of discretion in this regard. [paras. 21, 22, 31 and 32]

134

Thus, the purpose of ss. 37 and 215 is not to immunize the trustee against legitimate proceedings, but to permit the trustee's administration to be supervised without impeding it. Facilitating a form of supervision by the bankruptcy court supports the trustee's role. The *BIA* establishes a scheme under which the effectiveness of the trustee's administration can be taken into account without shielding

biens et des services, risquent de perdre des sommes importantes. Les employés de la société en faillite perdent immédiatement leur emploi.

Le juge siégeant en matière de faillite est plongé au cœur de cette catastrophe. Il lui faudra prendre des décisions importantes qui auront une incidence sur l'avenir de la société, de ses créanciers et de ses employés. Les qualités d'un bon juge de faillite sont par conséquent l'expertise, la sensibilité et la rapidité.

Le syndic a de nombreuses obligations — envers le patrimoine qu'il a pour mission de gérer, envers les créanciers et envers le tribunal. Lorsque, comme en l'espèce, un syndic de faillite souhaite engager d'anciens employés de la société faillie, il a également une obligation envers ces employés. La décision du syndic de présenter, le jour même où il a commencé à exercer sa fonction, une requête demandant au tribunal de déclarer qu'il ne devait pas être considéré, « pour quelque fin que ce soit », comme un employeur successeur était, de l'avis du juge de faillite, prématurée. Ce dernier a donc rejeté cette requête. Le syndic n'interjette pas appel de ce volet de la décision.

De même, la requête incidente des appelants, compréhensible sans doute vu la requête du syndic, était dans un sens elle aussi mal fondée. La première journée d'une faillite ne constitue certainement pas une « journée comme les autres » pour quiconque, y compris les employés. La relation entre le syndic et les employés de la société en faillite ne peut être résolue instantanément. Il faudra de l'attention, de la sensibilité, de la négociation et au moins un certain temps pour qu'une relation appropriée puisse s'établir. Le juge de faillite a estimé que la requête incidente du syndic était elle aussi prématurée. Il l'a par conséquent rejetée, mais sans exclure la possibilité qu'une telle requête puisse être accueillie une fois que les parties auraient, à tout le moins, exploré l'établissement d'une relation d'emploi appropriée. Là encore, il n'existe selon moi aucune raison d'intervenir à l'encontre de l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire à ce sujet. [par. 21, 22, 31 et 32]

Le but des art. 37 et 215 n'est donc pas d'immuniser le syndic contre des poursuites légitimes, mais de permettre la supervision de son administration sans toutefois l'entraver. Favoriser l'exercice d'un contrôle par la cour de faillite appuie le rôle du syndic. La *LFI* met en place un régime qui permet de tenir compte de l'efficacité de l'administration du syndic tout en ne soustrayant pas le syndic au

the trustee from the courts' power of supervision. Section 215 does not indicate what criteria must be met. The flexibility afforded by Parliament permits the bankruptcy court to adapt to new realities, including successor employer declarations.

5.2 *Criteria for Granting Leave*

Mancini (Bankrupt) v. Falconi (1993), 61 O.A.C. 332 (C.A.), is often cited as the source of the analysis that the judge must conduct. Although the criteria established in that case are easy to apply to a simple claim against a trustee for breach of his or her duties, they must be tailored to the specific nature of each application for leave.

5.2.1 *Mancini* and the Sufficiency of the Evidence

There is a need to demystify the analysis developed in *Mancini*. In that case, the moving parties applied for leave to commence an action by way of counterclaim for damages against a trustee. They alleged that the trustee's proceeding constituted an abuse of process and that the trustee had organized a criminal prosecution. The moving parties thus accused the trustee of wrongdoing and asked for an award of damages against the trustee personally. This was not a proceeding likely to impair the application of the *BIA*. The judge did not need to consider the effect the proceeding might have in this regard. However, the Court of Appeal clearly differentiated between two matters a judge must consider on an application for leave under s. 215: the seriousness of the cause of action and the sufficiency of the evidence. On the seriousness of the cause of action, the Court of Appeal in *Mancini* did not set out the applicable analysis, but simply summarized the case law.

In my view, the most interesting aspect of that case was the court's discussion about the standard of proof. Moreover, that was the main issue in the case. The Court of Appeal wrote the following:

pouvoir de surveillance des tribunaux. L'article 215 n'énonce pas les critères d'application. La flexibilité laissée par le Parlement permet à la cour de faillite de s'adapter aux nouvelles réalités, y compris une déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur.

5.2 *Les critères d'autorisation*

L'affaire *Mancini (Bankrupt) c. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332 (C.A.), **est souvent citée comme étant** celle qui a établi l'analyse qui s'impose au juge. D'application facile lorsqu'il s'agit d'une simple réclamation contre un syndic pour contravention à ses devoirs, les critères qui y sont énoncés doivent cependant être adaptés à la nature particulière de chaque demande.

5.2.1 L'affaire *Mancini* et la suffisance de la preuve

Il y a lieu de démythifier l'analyse élaborée dans l'arrêt *Mancini*. Dans cette affaire, les parties requérantes demandaient la permission d'intenter contre un syndic une action incidente en dommages-intérêts. Elles prétendaient que le syndic avait commis un abus de procédures et organisé une poursuite criminelle. Les requérants reprochaient donc au syndic des actes qu'ils estimaient fautifs et réclamaient une condamnation pécuniaire personnelle contre celui-ci. Il ne s'agissait pas d'une poursuite susceptible d'entraver l'application de la *LFI*. Le juge n'avait pas à s'interroger sur l'effet que la poursuite pouvait avoir à cet égard. La Cour d'appel a cependant distingué clairement deux questions auxquelles doit répondre le juge saisi d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'art. 215 : le sérieux de la cause d'action et la suffisance de la preuve. Relativement au sérieux de la cause d'action, la Cour d'appel n'a pas établi l'analyse applicable dans *Mancini*, mais a simplement résumé l'état de la jurisprudence.

L'aspect le plus intéressant de cette affaire est, à mon avis, l'examen de la norme de preuve qui y est fait. Il s'agissait d'ailleurs de la principale question en litige. La Cour d'appel a écrit :

135

136

137

In considering whether leave should be granted under s. 186 [now s. 215] of the *Bankruptcy Act* to commence an action against the trustee, the motions court judge was required to consider the evidence, very generally reviewed above, in the context of the counterclaim sought to be made against the trustee. The issue is not whether the evidence on the s. 186 motion discloses the existence of a cause of action against the trustee, but rather whether the evidence provides the required support for the cause of action sought to be asserted by way of the appellants' counterclaim. Thus, it is necessary to examine the claims that the appellants sought to make against the trustee.

The appellants submit that the motions court judge erred in holding that the evidence filed in support of their motion under s. 186 of the *Bankruptcy Act* must be sufficient to establish a factual foundation for the claim that the appellants propose to make against the trustee. The appellants submit that the test under s. 186 requires no more than some evidence providing a factual foundation for the claim they seek to assert. In my opinion, the motions court judge was correct in reaching the conclusion he did on this issue. On a continuum of evidence ranging from no evidence to evidence which is conclusive, the evidence required to support an order under s. 186 must be sufficient to establish that there is a factual basis for the proposed claim and that the proposed claim discloses a cause of action.

The sufficiency of the evidence must be measured in the context of the purpose of s. 186 which, as stated earlier, is to prevent the trustee from having to respond to actions which are frivolous or vexatious or from claims which do not disclose a cause of action. As I have previously noted, the evidence on a motion under s. 186 does not have to be sufficient to enable the motions court judge to make a final assessment of the merits of the claim sought to be made, but it must be sufficient to address the issues that I have identified, having in mind the objectives of s. 186. [Emphasis added; paras. 12, 16 and 17.]

138

In saying this, the Court of Appeal was affirming the decision of the trial judge ((1989), 76 C.B.R. (N.S.) 90), who had adopted a clear formulation of what evidence would be sufficient for leave to be granted to bring proceedings against a trustee:

[TRANSLATION] Pour décider s'il y avait lieu de permettre, en vertu de l'art. 186 [maintenant art. 215] de la *Loi sur la faillite*, qu'une action soit engagée contre le syndic, le juge des requêtes devait tenir compte de la preuve, décrite à très grands traits ci-dessus, dans le contexte de la demande reconventionnelle qu'on voulait déposer contre le syndic. Il s'agit de déterminer, non pas si la preuve produite à l'appui de la requête fondée sur l'art. 186 révèle l'existence d'une cause d'action contre le syndic, mais si la preuve étaye suffisamment la cause d'action invoquée dans la demande reconventionnelle des appelants. Il est par conséquent nécessaire d'examiner les prétentions que les appelants souhaitent formuler contre le syndic.

Les appelants soutiennent que le juge des requêtes a fait erreur en statuant que la preuve produite à l'appui de leur requête fondée sur l'art. 186 de la *Loi sur la faillite* doit être suffisante pour établir un fondement factuel à l'action qu'ils entendent intenter contre le syndic. Les appelants soutiennent que le critère prévu par l'art. 186 exige seulement la présentation de quelques éléments de preuve donnant un fondement factuel à l'action qu'ils souhaitent intenter. Selon moi, le juge des requêtes a eu raison de conclure comme il l'a fait. Sur une échelle qui va de l'absence totale de preuve à une preuve qui est concluante, la preuve nécessaire pour fonder une ordonnance en vertu de l'art. 186 doit être suffisante pour établir l'existence d'un fondement factuel à l'égard de l'action envisagée, et pour établir que cette action révèle une cause d'action.

C'est dans le contexte de l'objectif visé par l'art. 186 qu'il faut déterminer si la preuve est suffisante. Cet objectif, comme nous l'avons vu, consiste à éviter que le syndic ait à se défendre contre des actions qui sont frivoles ou vexatoires, ou qui ne révèlent aucune cause d'action. Comme je l'ai souligné plus tôt, il n'est pas nécessaire que la preuve à l'appui d'une requête fondée sur l'art. 186 soit suffisante pour permettre au juge des requêtes de statuer de façon définitive sur le fond de l'action qu'on veut intenter; cependant, elle doit être suffisante pour qu'il soit possible de répondre aux questions que j'ai signalées, en ayant à l'esprit les objectifs de l'art. 186. [Je souligne; par. 12, 16 et 17.]

La Cour d'appel confirmait par là la décision du juge de première instance ((1989), 76 C.B.R. (N.S.) 90), qui avait adopté une formulation claire de ce qu'est une preuve suffisante pour qu'une poursuite contre un syndic soit autorisée :

Because the decision requires an exercise of discretion, the Court must make a more thorough enquiry than when considering whether or not a claim, *as a matter of law*, discloses a cause of action. In considering whether a claim discloses *a cause of action*, the Court presumes the allegations in the claim to be true to determine whether those allegations can provide the basis for a remedy. On a section 186 application, the Court must consider whether there is *evidence* of a factual basis for the proposed claim. The policy of section 186 is to protect the Trustee from claims which have no basis in fact. Ensuring a proper factual foundation for a proposed claim requires that the alleged facts must be disclosed by sufficient affidavit evidence. Facts are not allegations merely to be accepted at face value. [pp. 93-94]

If *Mancini* can be considered to have laid down a threshold or test of some sort, I would say that the test relates to the standard of proof required for the bankruptcy court to grant leave to bring proceedings.

With regard to the sufficiency of the evidence, *Mancini* thus makes it clear that the judge to whom an application for leave is made under s. 215 cannot accept vague allegations. The allegations must be supported by the evidence. The judge does not have to be convinced that the action is well founded, since he or she is not the trier of fact. However, the judge must ensure that there is sufficient factual evidence, whether in the form of affidavits or exhibits, to support the allegations. To do this, the judge must review the evidence. In ordinary usage, the standard of proof in civil proceedings is often characterized as requiring either proof on the balance of probabilities or *prima facie* evidence. The threshold under s. 215 is not the trial judge's threshold of proof on the balance of probabilities, but *prima facie* evidence.

Unlike in *Mancini*, what is in issue in the case at bar is not the question *of fact* of the sufficiency of the evidence, but the question *of law* that is considered at the stage of the review of the seriousness of the cause of action.

[TRANSDUCTION] Comme la décision suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit effectuer un examen plus approfondi que lorsqu'il s'agit de déterminer si une déclaration, *en droit*, révèle une cause d'action. Lorsqu'il doit décider si, oui ou non, une déclaration révèle *une cause d'action*, le tribunal tient pour avérées les allégations faites dans la déclaration afin de déterminer si elles peuvent constituer le fondement d'un recours. Dans le cas d'une requête fondée sur l'art. 186, le tribunal doit se demander s'il existe dans la *preuve* un fondement factuel pour l'action envisagée. L'article 186 vise à protéger le syndic contre des actions sans fondement factuel. Si on veut s'assurer que l'action envisagée repose sur un fondement factuel approprié, il faut que les faits allégués soient révélés par une preuve par affidavit suffisante. Les faits ne sont pas des allégations qu'il faut tout bonnement accepter telles quelles. [p. 93-94]

Si l'affaire *Mancini* peut être considérée comme ayant formulé un quelconque seuil ou critère, je dirais que c'est à l'égard de la norme de preuve requise pour que la cour de faillite accorde la permission de poursuivre.

Pour ce qui est de la suffisance de la preuve, cet arrêt précise donc que le juge à qui une demande de permission est présentée en vertu de l'art. 215 ne peut pas se contenter de vagues allégations. La preuve doit justifier les allégations. Le juge n'a pas besoin d'être convaincu du bien-fondé de la poursuite, puisqu'il n'est pas lui-même juge du fond. Il doit cependant s'assurer qu'une preuve factuelle suffisante soutient les allégations, soit par des affirmations sous serment, soit par la production de pièces. Pour ce faire, le juge doit examiner la preuve. Dans le langage usuel, l'intensité de la norme de preuve au civil est souvent qualifiée soit de prépondérante, soit de *prima facie*. Le seuil requis par l'art. 215 n'est pas celui auquel est tenu le juge du fond, à savoir la prépondérance de la preuve, mais la preuve *prima facie*.

À la différence de l'affaire *Mancini*, le débat ne porte pas en l'espèce sur la question *de fait* qu'est la suffisance de la preuve, mais plutôt sur la question *de droit* qui est étudiée à l'étape de l'examen du sérieux de la cause d'action.

139

140

141

5.2.2 Seriousness of the Cause of Action

142 The review of the seriousness of the cause of action must be adapted to the nature of the proceedings the applicant intends to bring. If, as in *Mancini* and the majority of the cases submitted to the courts until quite recently, a monetary award is all that is sought, the proceedings do not prevent the trustee from carrying out his or her duties or impose a burden on the trustee that is incompatible with the *BIA*.

143 However, bankruptcy judges clearly cannot grant leave to bring proceedings that are incompatible with the *BIA*. Thus, a bankruptcy judge could not authorize proceedings aimed at holding a trustee liable where the *BIA* immunizes trustees against the liability in question, as in the case of environmental damage. Since a full defence is available to the trustee pursuant to s. 14.06(2) and (4), such proceedings could not be characterized as serious or, in the words used in *Mancini*, “not frivolous”. When a proceeding is not a simple action in damages based on wrongdoing by the trustee, the judge must therefore assess the nature and scope of the proceeding in light of the evidence.

144 Thus, in proceedings in which the OLRB is asked to declare that a trustee has succeeded to the bankrupt as employer, the review by the bankruptcy judge enables the judge to identify the union’s actual objective in making this request. This makes it possible for the bankruptcy judge to reconcile the employees’ interests with those of anyone else who has interests in the bankruptcy.

145 The judge’s review does not have the effect of giving special or different treatment to successor employer declarations. Regardless of the reason the judge gives for granting leave to bring proceedings, the general context of the bankruptcy remains relevant. The judge must play an active role, anticipate the consequences of the proceedings, and limit their scope if need be. Screening the proceedings in this way is in fact what the trial judge did when he amended the order appointing

5.2.2 Le sérieux de la cause d’action

L’examen du sérieux de la cause d’action doit être modulé suivant la nature de la poursuite que le demandeur cherche à intenter. S’il s’agit d’une simple réclamation pécuniaire, comme dans *Mancini* ou dans la majorité des affaires soumises aux tribunaux jusqu’à tout récemment, la poursuite n’empêche pas le syndic d’accomplir ses devoirs et ne lui impose pas un fardeau incompatible avec la *LFI*.

Il est cependant clair que le juge de faillite ne peut accorder la permission d’intenter un recours incompatible avec la *LFI*. Il ne pourrait autoriser une poursuite ayant pour but d’imposer au syndic une responsabilité contre laquelle celui-ci est immunisé par la *LFI*, en matière de dommages environnementaux par exemple. Comme le syndic bénéficie, en vertu des par. 14.06(2) et (4) d’une défense complète, une telle poursuite ne saurait être qualifiée de sérieuse ou, selon l’expression utilisée dans *Mancini*, de [TRADUCTION] « non frivole ». Lorsque le recours n’est pas une simple poursuite en dommages-intérêts fondée sur une faute du syndic, le juge doit en conséquence évaluer la nature et la portée du recours à la lumière de la preuve.

Ainsi, dans le cas d’une poursuite demandant à la CRTO de déclarer qu’un syndic succède au failli comme employeur, l’examen que fait le juge de faillite lui permet de déterminer l’objectif réel que poursuit le syndicat en présentant cette demande. Ce faisant, le juge de faillite peut concilier les intérêts des employés avec ceux des autres intéressés dans la faillite.

L’examen fait par le juge n’a pas pour effet d’accorder un traitement particulier ou différent aux déclarations attribuant la qualité d’employeur successeur. Quel que soit le motif pour lequel un juge autorise une poursuite, le contexte général de la faillite demeure pertinent. Le juge doit jouer un rôle dynamique, anticiper les conséquences de la poursuite et en limiter la portée, au besoin. Ce filtrage des recours est d’ailleurs l’exercice auquel s’est livré le juge de première instance lorsqu’il a

the receiver so as to limit the protection of the receiver to acts it carried out in the context of the liquidation of the property. This limitation should be qualified if, for example, the issue concerns the rate of wages paid by the trustee. The process engaged in by the trial judge is nevertheless an example of what bankruptcy judges can be required to do on a regular basis in the course of their interactions with the parties. They can tailor the leave they grant to the specific needs of each case. When reviewing the seriousness of the cause of action, the bankruptcy judge must be vigilant and must deal with conflicts that could impair the application of the *BIA*.

In the case at bar, Feldman J.A. concluded that an operational conflict results each time a bankruptcy judge denies leave to bring proceedings under s. 69(2) *LRA*:

Because the denial of leave under s. 215 of the *BIA* can be used by the bankruptcy court in appropriate circumstances to preclude the OLRB from exercising its exclusive jurisdiction to declare a person a successor employer, it is in operational conflict with s. 69 of *LRA* when such leave is denied. When that occurs, s. 72(1) of the *BIA* is engaged, with the result that s. 69(12) of the *LRA* is superceded by s. 215 of the *BIA*. [para. 69]

I myself would present this idea from a positive perspective. Judges who exercise their jurisdiction under s. 215 are in a position to avoid operational conflicts. By ensuring that the conclusions being sought do not impair the application of the *BIA* and, if need be, limiting the scope of proceedings based on a provincial statute, the bankruptcy judge permits the federal statute and provincial legislation to be applied simultaneously.

If the union seeks only to maintain wage rates, the proceedings can be limited to that purpose. Similarly, the problem of the period during which the declaration will be effective can be resolved by specifying that the trustee's liability will terminate when the business is transferred to the purchaser.

modifié l'ordonnance de nomination du séquestre pour limiter la protection dont jouit le séquestre aux gestes que pose celui-ci dans le contexte de la liquidation des biens. Cette limitation mérite d'être nuancée, par exemple si le débat touche au taux des salaires payés par le syndic. L'exercice auquel s'est livré le juge de première instance constitue cependant un exemple de ce que les juges de faillite peuvent être appelés à accomplir de façon routinière dans leur interaction avec les parties. Ils peuvent ajuster leur autorisation en fonction des besoins spécifiques de chaque dossier. Dans l'examen du sérieux de la cause d'action, le juge de faillite doit être vigilant et parer aux conflits qui seraient susceptibles d'entraver l'application de la *LFI*.

Dans la présente affaire, la juge Feldman de la Cour d'appel conclut qu'il y a conflit d'application chaque fois que le juge de faillite refuse la permission d'intenter le recours visé au par. 69(2) *LRT* :

[TRADUCTION] Étant donné que le tribunal de faillite peut, lorsque les circonstances le justifient, refuser une demande de permission fondée sur l'art. 215 de la *LFI* et ainsi empêcher la CRTO de déclarer, en vertu de sa compétence exclusive en la matière, qu'une personne est employeur successeur, il y a en conséquence incompatibilité d'application entre cette disposition et l'art. 69 de la *LRT* en cas de refus de la permission demandée. En pareil cas, le par. 72(1) de la *LFI* entre alors en jeu, avec pour conséquence que l'art. 215 de la *LFI* l'emporte sur le par. 69(12) de la *LRT*. [par. 69]

Je présenterais plutôt cette idée sous une perspective positive. Le juge qui exerce sa compétence en vertu de l'art. 215 est en mesure d'éviter le conflit d'application. En s'assurant que les conclusions recherchées n'entravent pas l'application de la *LFI* et, au besoin, en limitant la portée d'une poursuite fondée sur une loi provinciale, les juges de faillite permettent l'application simultanée de la loi fédérale et des lois provinciales.

Si le syndic ne cherche qu'à assurer le maintien du taux de salaire, la poursuite peut être limitée à cet objet. De même, le problème de la période de validité de la déclaration peut être résolu en précisant que la responsabilité du syndic prend fin lors de la transmission de l'entreprise à l'acquéreur.

146

147

148

149 Some cases, such as those involving seniority, may be difficult to evaluate. The issues in such cases will turn on the specific facts of each bankruptcy situation and will sometimes require an assessment of the overall impact of the proceedings.

150 Feldman J.A. mentioned the following factors:

The factors that the bankruptcy court applies on a s. 215 application will relate to both procedural and substantive aspects of the process. Some important factors will include: the timing of the application, the complexity of the receivership and the demands on the receiver as it carries out its obligations, the potential duration of the period that the receiver intends to operate the business before it can be sold (normally as brief as possible), the availability of potential purchasers and their financial strength, and the likelihood that a purchaser will be declared a successor employer and assume all of the obligations under the collective agreement. This latter factor may be particularly important because it will give practical assurance to the union that all of the terms of the collective agreement will be honoured and the employees protected. Another key factor is the practicality of proceeding before the OLRB and the timeliness of a hearing before that tribunal in the context of the proposed temporary operation of the business and its sale. [para. 58]

These factors could be applied incorrectly. They inevitably overlap with those that will determine the decision on the merits. The bankruptcy judge must take care not to supplant the court or tribunal that will rule on the merits.

151 Using the factors proposed by Feldman J.A. entails a second risk. These factors do not expressly mention the employees' rights. The trustee represents the interests of all the creditors, including the employees. The proposed factors must therefore be resituated in the context of the exercise of a remedy that necessarily implies constraints relating to the rights of all the creditors. They cannot serve to allow the trustee to evade the application of a statute that, although it may create a constraint, does not hinder the trustee's

Plusieurs cas peuvent être difficiles à évaluer, par exemple le respect de l'ancienneté. De telles questions dépendront des faits propres à chaque faillite et exigeront parfois une évaluation globale de l'incidence de la poursuite.

La juge Feldman de la Cour d'appel mentionne les critères suivants :

[TRADUCTION] Les facteurs appliqués par le tribunal de faillite pour statuer sur une demande présentée en vertu de l'art. 215 concernent tant des aspects procéduraux que des aspects substantiels du processus. Parmi les facteurs importants, mentionnons : le moment où la requête est présentée, la complexité de la mise sous séquestre et les contraintes auxquelles fait face le séquestre dans l'exécution de ses obligations, la durée possible de la période pendant laquelle le séquestre a l'intention d'exploiter l'entreprise avant qu'elle puisse être vendue (cette période est normalement la plus brève possible), l'existence d'acquéreurs possibles et leur solidité financière et la probabilité qu'un acquéreur soit déclaré employeur successeur et assume la totalité des obligations découlant de la convention collective. Ce dernier facteur peut s'avérer particulièrement important, parce qu'il donnera au syndicat l'assurance concrète que toutes les clauses de la convention collective seront respectées et que les salariés seront protégés. Un autre facteur clé est l'utilité de la procédure devant la CRTO et la possibilité que l'audience devant ce tribunal administratif puisse avoir lieu en temps opportun dans le contexte de l'exploitation temporaire de l'entreprise et de la vente proposées. [par. 58]

Ces critères risquent d'être mal appliqués. Ils chevauchent inévitablement ceux qui dicteront la décision sur le fond. Le juge de faillite doit prendre garde de ne pas se substituer au tribunal qui statuera sur le fond.

L'utilisation des critères suggérés par la juge Feldman comporte un deuxième danger. Les critères ne font pas mention explicitement des droits des employés. Or, le syndic représente les intérêts de tous les créanciers, y compris les employés. Les critères suggérés doivent donc être replacés dans le contexte de l'exercice d'un recours qui implique nécessairement des contraintes concernant les droits de tous les créanciers. Ils ne peuvent pas être utilisés pour permettre au syndic d'esquiver l'application d'une loi qui crée peut-être une contrainte,

work. Judges must therefore bear in mind that they will be justified in limiting the scope of proceedings or denying leave to bring them only if the proceedings would genuinely hinder the trustee's work. The judge's first task is therefore to enquire into the actual effect of the application, not a vaguely defined effect on the administration of the bankruptcy.

Employees' wage rates are one example of a constraint related to the application of the collective agreement that does not ordinarily hinder the trustee's work. Trustees who retain employees' services do not necessarily have the right to reduce their wages. Consequently, if a union seeks a declaration that a trustee is the bankrupt's successor for the sole purpose of maintaining wage rates, and if the interests of the parties cannot be reconciled at the hearing before the bankruptcy court, then leave should normally be granted. An order that a monitor pay recalled employees in accordance with the terms of the collective agreement has been made in the context of the *Companies' Creditors Arrangement Act*. Such an order does not generally lead to conflict with the duties of a liquidator or a trustee: *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. v. Jeffrey Mines Inc.*, [2003] Q.J. No. 264 (QL) (C.A.).

Moreover, the review before the bankruptcy judge of the consequences of a declaration is likely to make the parties aware of their respective interests and create an atmosphere conducive to the respect of everyone's rights. When considering the application, the judge must therefore bear in mind all the interests at stake and accept that every constraint does not necessarily hinder the trustee's work. An approach that focussed too much on the management flexibility required by the trustee could all too easily lead the judge to find that a conflict exists and would hardly be in keeping with s. 72 *BIA*.

To sum up, a judge who must decide whether to grant leave to bring proceedings against a trustee must determine the actual scope of the remedy being sought, identify potential conflicts and tailor

mais ne constitue pas une entrave à son travail. Le juge doit donc conserver à l'esprit que seule une entrave réelle justifie de limiter la portée du recours ou de refuser la permission d'intenter celui-ci. Sa tâche première consiste donc à s'interroger sur l'effet concret de la demande et non sur quelque effet diffus de celle-ci sur l'administration de la faillite.

Le taux des salaires versés aux employés est un exemple de contrainte liée à l'application de la convention collective qui ne constitue pas habituellement une entrave au travail du syndic. Lorsqu'un syndic retient les services d'employés, il n'a pas nécessairement le droit de réduire leur salaire. En conséquence, si un syndicat veut faire déclarer un syndic successeur du failli dans le seul but de maintenir le taux des salaires et que l'audience devant la cour de faillite ne permet pas de concilier les intérêts des parties, la permission devrait normalement être accordée. Une ordonnance obligeant le contrôleur à payer les employés rappelés selon les termes prévus à la convention collective a été prononcée dans le contexte de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Une telle ordonnance n'entraîne généralement pas de conflit avec les devoirs d'un liquidateur ou d'un syndic : *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Mine Jeffrey inc.*, [2003] R.J.Q. 420 (C.A.).

L'examen des conséquences d'une déclaration devant le juge de faillite est d'ailleurs de nature à sensibiliser les parties à leurs intérêts respectifs et à créer une atmosphère propice au respect des droits de tous. Le juge doit donc aborder la demande en ayant à l'esprit tous les intérêts en jeu et en acceptant que toute contrainte ne constitue pas nécessairement une entrave au travail du syndic. Une approche trop axée sur la flexibilité requise par le syndic dans sa gestion risquerait d'amener trop facilement à conclure à l'existence d'un conflit et serait peu respectueuse de l'art. 72 *LFI*.

En résumé, le juge appelé à décider s'il y a lieu d'accorder la permission de poursuivre un syndic doit évaluer concrètement la portée du recours recherché, identifier les conflits potentiels

152

153

154

the leave so as to avoid a situation in which proceedings based on provincial law have the effect of hindering the discharge of the trustee's duties and responsibilities under the *BIA*. Determining the scope of the remedy is part of the review of the cause of action. Since conflicts of jurisdiction are not tolerated in constitutional law, proceedings that lead to a constitutional conflict have no basis in law. The judge must tailor the leave. If the conflict cannot be avoided in this way, then leave to bring the proceedings must be denied.

6. Application to the Case at Bar

155 My colleague Abella J. concludes that leave to bring proceedings should be granted. I myself believe that the case should be reconsidered by the Superior Court. The union has not stated its objective other than to say that the proceedings do not concern debts incurred prior to the trustee's appointment, but this is insufficient to eliminate every potential conflict of jurisdiction, and it is also insufficient for us to substitute our assessment for that of the trial judge.

156 To appreciate the nature of the analysis the bankruptcy judge must carry out, it will be helpful to set out the facts of the case.

157 On January 18, 2002, the respondent GMAC Commercial Credit Corporation — Canada ("GMAC"), the principal creditor of the respondents T.C.T. Logistics Inc. and T.C.T. Warehousing Logistics Inc. ("T.C.T."), was informed that T.C.T. had artificially inflated its accounts receivable and had obtained advances from GMAC that exceeded the value of its security by \$21 million. On January 24, 2002, at GMAC's request, the Ontario Superior Court appointed KPMG Inc. as interim receiver of T.C.T.'s property. The appointment order provided that no proceedings could be commenced against KPMG without leave of the Superior Court. The order also stated that KPMG would not be considered to have succeeded to T.C.T. as employer. On February 25, 2002, T.C.T. made an assignment in bankruptcy. KPMG was appointed trustee in bankruptcy. As of the date of the bankruptcy, T.C.T. was

et moduler l'autorisation de façon à éviter qu'une poursuite fondée sur le droit provincial n'ait pour effet d'entraver l'exécution des devoirs et responsabilités imposés au syndic par la *LFI*. La détermination de la portée du recours fait partie de l'évaluation de la cause d'action. Comme le droit constitutionnel ne tolère pas les conflits de compétence, une poursuite entraînant un conflit constitutionnel n'a pas de fondement juridique. Le juge doit moduler la permission de poursuivre. Si une telle modulation ne permet pas d'éviter le conflit, il doit alors refuser la permission demandée.

6. Application à l'espèce

Ma collègue la juge Abella conclut que la permission de poursuivre doit être accordée. J'estime pour ma part que le dossier doit être réévalué par la Cour supérieure. L'objectif poursuivi par le syndicat n'est pas précisé, sinon pour dire que la poursuite ne vise pas les dettes antérieures à la nomination. Cette information ne permet pas d'éliminer tous les conflits de compétence potentiels et ne saurait nous autoriser à substituer notre appréciation à celle du juge de première instance.

Pour apprécier la nature de l'analyse que le juge de faillite doit faire, il est utile d'exposer les faits de l'affaire.

Le 18 janvier 2002, l'intimée Société de crédit commercial GMAC — Canada (« GMAC »), principale créancière des intimées T.C.T. Logistics Inc. et T.C.T. Warehousing Logistics Inc. (« T.C.T. »), est informée que T.C.T. a gonflé artificiellement ses comptes à recevoir et a obtenu de GMAC des avances dépassant de 21 millions de dollars la valeur des garanties. Le 24 janvier 2002, à la demande de GMAC, la Cour supérieure de l'Ontario nomme l'intimée KPMG Inc. à titre de séquestre intérimaire aux biens de T.C.T. L'ordonnance de nomination prévoit qu'aucune procédure ne peut être intentée contre KPMG sans la permission de la Cour supérieure. L'ordonnance précise aussi que KPMG ne sera pas considérée comme ayant succédé à T.C.T. à titre d'employeur. Le 25 février 2002, T.C.T. fait cession de ses biens. KPMG est nommée syndic à la faillite. Au moment de la

operating a brokerage, logistics, trucking and warehousing business in Canada and the United States. The sale of the business was considered urgent (refusal by GMAC to advance additional funds, trucks located across Canada and the U.S., perishable goods still in transit or in warehouses, storage of property at risk, etc.).

T.C.T. had 1,357 employees across Canada, including unionized employees represented by 13 different unions. There were 225 employees in the warehousing division, which included warehouses located in Edmonton, Calgary and Toronto. The operation of these warehouses was subject to collective agreements covering 78 employees, including the 42 employees in the Toronto warehouse, who were represented by the appellant, Industrial Wood & Allied Workers of Canada, Local 700 (the "union"). On April 12, 2002, KPMG reached an agreement with Spectrum Supply Chain Solutions Inc. ("Spectrum") under which Spectrum would buy certain specified assets of T.C.T.'s warehouses. The letter of intent initially signed by Spectrum and KPMG provided that Spectrum would operate the warehouses and continue to employ most of the employees. After evaluating the assets, however, Spectrum decided that two of the warehouses were of no interest to it, including the one in Toronto, which was considered to be in disrepair. The final agreement provided that the employees would be terminated and that the lease of the Toronto warehouse would not be assigned to Spectrum. On April 16, 2002, the Toronto employees were informed of the agreement with Spectrum and were also informed that KPMG would be applying to the Superior Court for approval of the agreement on April 18, 2002. The Toronto warehouse was closed on May 23, 2002.

On May 13, 2002, the union filed two applications with the OLRB in which KPMG was named as a responding party. The purpose of the first was to have Spectrum declared to be the successor employer to T.C.T. and KPMG under s. 69(2) *LRA*. The second was a complaint of unfair labour practices. KPMG contested the applications, submitting that all proceedings were stayed pursuant to the appointment order and the *BIA* and that the

faillite, T.C.T. exploite au Canada et aux États-Unis une entreprise de courtage, logistique, transport et entreposage. La vente de l'entreprise est considérée urgente (refus de GMAC d'avancer des fonds additionnels, camions dispersés à travers le Canada et les États-Unis, biens périssables en transit ou en entreposage, garde des biens à risque, etc.).

T.C.T. emploie 1 357 employés à travers le Canada, y compris des employés syndiqués représentés par 13 syndicats différents. Deux cent vingt-cinq employés travaillent dans la division de l'entreposage qui comprend des entrepôts situés à Edmonton, Calgary et Toronto. Les activités de ces entrepôts sont encadrées par des conventions collectives visant 78 employés, dont les 42 employés de l'entrepôt de Toronto, qui sont représentés par l'appelant, Syndicat des travailleurs de l'industrie du bois et leurs alliés, section locale 700 (le « syndicat »). Le 12 avril 2002, KPMG conclut avec Spectrum Supply Chain Solutions Inc. (« Spectrum ») une entente suivant laquelle Spectrum achète certains actifs spécifiques des entrepôts de T.C.T. La lettre d'entente initialement signée par Spectrum et KPMG prévoit que Spectrum exploitera les entrepôts et maintiendra la plupart des emplois. Toutefois, à la suite de l'examen des actifs, Spectrum estime que deux des entrepôts ne présentent aucun intérêt, dont celui de Toronto, qui est jugé délabré. L'entente finale prévoit que les employés sont licenciés et que Spectrum ne se porte pas cessionnaire du bail de l'entrepôt de Toronto. Le 16 avril 2002, les employés de Toronto sont informés de l'entente avec Spectrum et du fait que, le 18 avril 2002, KPMG demandera à la Cour supérieure de l'approuver. L'entrepôt de Toronto est fermé le 23 mai 2002.

Le 13 mai 2002, le syndicat présente à la CRTO deux requêtes dans lesquelles KPMG est désignée comme intimée. La première vise à faire déclarer Spectrum employeur succédant à T.C.T. et à KPMG suivant le par. 69(2) *LRT*. La deuxième est une plainte pour pratiques de travail déloyales. KPMG conteste les requêtes, plaidant que toute procédure est suspendue en vertu de l'ordonnance de nomination et de la *LFI* et que le syndicat n'a pas demandé

158

159

union had not applied to the Superior Court for leave, as required by the appointment order and by s. 215 *BIA*. On August 27, 2002, the OLRB ruled in the trustee's favour and stayed the hearing of the applications.

160 The proceedings in the Superior Court concerned only KPMG. The union's application to have Spectrum recognized as the successor to T.C.T. with respect to its obligations as an employer was not in issue.

161 The reasons given by Ground J. of the Superior Court on the merits of the remedy the union sought to exercise were clear ((2003), 42 C.B.R. (4th) 221). Ground J. concluded that the trustee had merely acted as a liquidator and should not, as such, be declared the bankrupt's successor. He did not consider the actual objective being pursued by the union or the possibility of limiting the scope of the proceedings that could be brought before the OLRB. Moreover, it is impossible to determine whether he considered these proceedings to be frivolous or to have no chance of succeeding or whether he felt that the evidence did not *prima facie* support the union's cause of action. In any event, the judge analysed the merits of the case as if he himself was the trier of fact.

162 One observation is necessary here. The unqualified conclusions sought by the union are likely to result in direct conflicts with the application of the *BIA*. Neither the facts in the record nor the positions advanced by the parties are sufficient for this Court to engage in the review that is the Superior Court's responsibility. The union and GMAC do not agree on the scope of the successor employer declaration sought by the union in the instant case. The union does not seek to place a time limit on the declaration that the receiver and trustee is a successor employer. Nor has it stated if it is seeking a monetary award or the reinstatement of all unionized employees in the context of the unfair labour practices complaint. Does the dispute concern only wages or does it also relate to transfers and terminations of staff? Other issues could be raised by the parties, who are familiar with all aspects of the case. Not only is it necessary to assess the

la permission de la Cour supérieure comme l'exigent l'ordonnance de nomination et l'art. 215 *LFI*. Le 27 août 2002, la CRTO donne raison au syndic et suspend l'audition des requêtes.

Devant la Cour supérieure, le débat ne concerne que KPMG. La requête du syndicat visant à faire reconnaître Spectrum comme employeur succédant aux obligations de T.C.T. n'est aucunement en cause.

Le juge Ground, de la Cour supérieure, livre clairement son opinion sur le fond du recours que le syndicat veut exercer ((2003), 42 C.B.R. (4th) 221). Il conclut que le syndic n'a agi que comme liquidateur et que, en tant que tel, il ne doit pas être déclaré successeur du failli. Il ne s'interroge pas sur l'objectif concret recherché par le syndicat ou sur la possibilité de réduire la portée du recours qui pourrait être exercé devant la CRTO. De plus, il est impossible de déterminer s'il considère être en présence d'un cas de recours frivole ou n'ayant aucune chance de succès, ou s'il estime que la preuve ne soutient pas *prima facie* la cause d'action du syndicat. Quoiqu'il en soit, le juge analyse le fond du dossier comme s'il en était lui-même saisi.

Un constat s'impose. Les conclusions sans réserve sollicitées par le syndicat sont susceptibles d'entraîner des conflits directs avec l'application de la *LFI*. Ni les faits consignés au dossier ni les positions avancées par les parties ne permettent à la Cour de procéder à l'examen auquel la Cour supérieure doit se livrer. Le syndicat et GMAC ne s'entendent pas sur la portée de la déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur recherchée en l'espèce par le syndicat. Le syndicat ne cherche pas à limiter dans le temps la déclaration attribuant au séquestre et au syndic la qualité d'employeur successeur. Il ne précise pas s'il sollicite une condamnation pécuniaire ou le réengagement de tous les syndiqués dans le contexte de la poursuite pour pratiques de travail déloyales. Le litige porte-t-il seulement sur les salaires ou aussi sur les déplacements de personnel et les licenciements? D'autres questions pourraient être soulevées par

sufficiency of the evidence, but the uncertainty surrounding the scope of the proceedings and the union's actual objective prevents the Court, incontrovertibly in my view, from granting the union the leave it seeks and that was denied by the judge of the Superior Court.

7. Conclusion

The analytical approaches of the Court of Appeal and the Superior Court had the effect of avoiding a constitutional conflict, but they could block legitimate actions. Even in their role as liquidators, trustees are often required to conform to obligations imposed on them by provincial legislation. Not every constraint inherent in a proceeding for a successor employer declaration is liable to hinder the administration of the bankruptcy. The criteria proposed by the Superior Court and the Court of Appeal are therefore too demanding.

I propose instead to incorporate into s. 215 a review designed to prevent constitutional conflicts. Under this approach, the paramountcy doctrine would apply only where the third party's proposed action would hinder the application of the *BIA*.

Furthermore, I believe that this Court should not supplant the Superior Court to assess the cause of action and the sufficiency of the evidence. In the review required by s. 215, the trier of fact has an active role to play. It is the trier of fact who must conduct the review.

The Court of Appeal ordered that the case be remitted to the Superior Court. That was a sound decision. The matter must therefore be remitted not only for a review from the constitutional standpoint, but also for a review of the seriousness of the cause of action and the sufficiency of the evidence. The Superior Court did not conduct this more complete review. The Court of Appeal's disposition should accordingly be confirmed.

les parties, qui connaissent le dossier sous tous ses aspects. Non seulement y a-t-il lieu de vérifier la suffisance de la preuve, mais l'incertitude quant à la portée des recours et à l'objectif réel poursuivi par le syndicat empêche, péremptoirement selon moi, la Cour d'accorder au syndicat la permission qu'il demande et que le juge de la Cour supérieure a refusée.

7. Conclusion

Les analyses faites par la Cour d'appel et la Cour supérieure avaient pour effet d'éviter le conflit constitutionnel, mais pouvaient bloquer des recours légitimes. Même dans son rôle de liquidateur, le syndic est souvent tenu de se conformer à des obligations qui lui sont imposées par des lois provinciales. Toutes les contraintes inhérentes à une poursuite en vue d'obtenir une déclaration attribuant la qualité de successeur à titre d'employeur ne sont pas susceptibles d'entraver l'administration de la faillite. Les critères suggérés par la Cour supérieure et par la Cour d'appel sont en conséquence trop exigeants.

Je préconise plutôt d'incorporer à l'art. 215 un examen visant à prévenir les conflits constitutionnels. Cette approche limiterait l'application de la doctrine de la prépondérance aux seuls cas où le recours que le tiers veut exercer entrave la mise en œuvre de la *LFI*.

Par ailleurs, je crois que notre Cour ne devrait pas se substituer à la Cour supérieure dans l'évaluation de la cause d'action et de la suffisance de la preuve. L'évaluation requise par l'art. 215 amène le juge des faits à jouer un rôle actif. C'est à lui qu'il revient d'évaluer le dossier.

La Cour d'appel a ordonné le renvoi du dossier à la Cour supérieure. Cette décision était judicieuse. Le renvoi du dossier s'impose donc non seulement pour l'évaluation du dossier sous l'angle constitutionnel, mais aussi pour l'examen du sérieux de la cause d'action et de la suffisance de la preuve. Cet exercice plus complet n'a pas été fait par la Cour supérieure. Le dispositif de la Cour d'appel devrait donc être confirmé.

163

164

165

166

167 For these reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal.

Appeal allowed with costs, DESCHAMPS J. dissenting. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Koskie Minsky, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Ogilvy Renault, Toronto.

Solicitors for the respondent KPMG Inc.: Goodmans, Toronto.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les appels principal et incident.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge DESCHAMPS est dissidente. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant/intimé au pourvoi incident : Koskie Minsky, Toronto.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Ogilvy Renault, Toronto.

Procureurs de l'intimée KPMG Inc. : Goodmans, Toronto.