

Spring/Summer 2012 Volume 11 Issue 1

Rebuilding Success

CAIRP
Rebuilding Success • Rétablir le succès

The official magazine of the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals
La publication officielle de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation

Meet CAIRP's new President

Mark Yakabuski

Le nouveau Président de l'ACPIR

Also in This Issue

**The Castor Saga:
A Decision At Last**

**Paperless Office:
Evolution or Revolution?**

***Overturning
Transactions***



Restructuring Plus. With some of the best restructuring lawyers in the country working out of our offices atop the Canadian Pacific Tower, it's no surprise that members of our firm have played a leading role in many of the major restructuring proceedings of the last decade. What may surprise you is that TGF's restructuring expertise is matched by a team of senior litigators and talented young associates with an exceptional track record of negotiating complicated and challenging commercial litigation disputes. At TGF we're more than just restructuring. *We're Restructuring Plus.*

TGF
Thornton Grout Finnigan LLP
RESTRUCTURING + LITIGATION

Who's Got TGF? tgf.ca

Value seized up?

When financial distress hits, things grind to a halt. But with the help of good guidance, you can get the wheels moving again. Our restructuring professionals work with debtors, creditors, owners and other stakeholders in distressed and restructuring situations. We can assess alternatives and advice in a crisis – to help you get things running again.

What's next for your business?
ey.com/ca/restructuring



ERNST & YOUNG
Quality In Everything We Do



Your day is stressful enough ...

**You shouldn't have to worry
about your insurance program.**

As an Insolvency & Restructuring Professional, you never know at nine a.m., what will be on your desk by five. Your schedule is packed, as you take on and manage estates.

FCA Insurance Brokers can help tame your to-do list.

We've been working hard to protect Canadian business since 1919. And for over 35 years, we've partnered with Insolvency Professionals, to custom-fit insurance protection for:

- Professional Liability
- Trustee Bonds
- Office Packages
- Employee Dishonesty
- Estate Assets & Liability in a unique, user-friendly program
- Estate Long-Tail Liability

FCA digs deep – to give you balanced, unbiased thinking, and common-sense, cost-effective solutions.

From people who know your business.

416.486.1421

800.276.0281

www.fcainsurance.com



Count on us to be there

Joanne Lapetina
jlapetina@fcainsurance.com

Cathy Crooker
ccrooker@fcainsurance.com

Don Anderson
anderson@fcainsurance.com

For 10 years, Canada's #1
ranked restructuring practice.

Goodmans^{LLP}

Barristers & Solicitors / goodmans.ca

The only team ranked by *Chambers Global* as the #1 restructuring practice in Canada for the tenth year in a row. Whether you are a debtor, a creditor, or a party caught in the middle, we are the right team to have on your side. To find out how we can assist you with your Canadian matters, contact any of our Corporate Restructuring Partners at 416.979.2211.

mccarthy
tétrault

We'll help you get out

Any company can find itself in a tight spot. And when it does, you need a team of talented, experienced bankruptcy and restructuring lawyers. At McCarthy Tétrault LLP, every member of our team benefits from the firm's experience garnered across various industry and practice groups, from coast to coast, in front of and behind the bench.

For more information, contact Jamey Gage at 416-601-7539 or jgage@mccarthy.ca

Philippe Bélanger
Barbara Boake
Sean Collins
James Farley, Q.C.

Jamey Gage
Geoff R. Hall
Kevin McElcheran
Heather Meredith

Warren B. Milman
Mason Poplaw
Alain Tardif
Sylvain Vauclair



mccarthy
tétrault

Contents

Rebuilding Success Spring/Summer 2012 Volume 11 Issue 1 www.cairp.ca

8 CAIRP Information / Informations sur l'ACPIR

MESSAGE

11 Chair's Reflexions / Réflexions de la présidente du Conseil

Guylaine Houle, BCL, FCIRP

FEATURES

15 Meet CAIRP's New President: Mark Yakabuski

Faites connaissance avec le nouveau PDG de l'ACPIR : Mark Yakabuski

22 Bill James: The Interim Superintendent of Bankruptcy

Bill James : Surintendant des faillites par interim

24 Paperless Office: Evolution or Revolution?

Le bureau électronique : évolution ou révolution?

30 *Abakhan & Associates Inc. v. Braydon Investments Ltd.*

The Fraudulent Conveyance: How bad one must be?

By Robert A. Millar of Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver, B.C.

Abakhan & Associates Inc. v. Braydon Investments Ltd.

Le transfert frauduleux de biens : quel doit être le degré de "mauvaise intention"?

Par Robert A. Millar, Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver, C.-B.

37 Three Successful Insolvency Practitioners Recently Appointed to the Bench

Trois professionnels respectés du domaine de l'insolvabilité, récemment nommés à la magistrature

42 The Castor Saga: A Decision at Last

By Héliène Lefebvre, Senior Partner, Norton Rose Canada LLP, Montreal, Quebec

La saga Castor: enfin une décision

Par Héliène Lefebvre, associée principale chez Norton Rose Canada, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, Québec

48 High Cost Consumer Credit Sets the Stage for Bankruptcy

By Dr. Janis Sarra, UBC Faculty of Law

La hausse du coût du crédit à la consommation ouvre la voie à la faillite

Par Dr. Janis Sarra, Faculté de droit de l'Université de Colombie-Britannique

53 Preferential Payments in the Limelight

By Jean-Daniel Breton, Senior Vice-President, Ernst & Young Inc., Montreal, Quebec

Pleins feux sur les paiements préférentiels

Par Jean-Daniel Breton, Vice-président chez Ernst & Young Inc., Montréal, Québec

57 Protect Your Enterprise Value

By Richard Lenthall, Chief Restructuring Officer (CRO) Practitioner, and Jonathan Coltman, Turnaround Partner, KPMG, London, UK

Protégez la valeur de votre entreprise

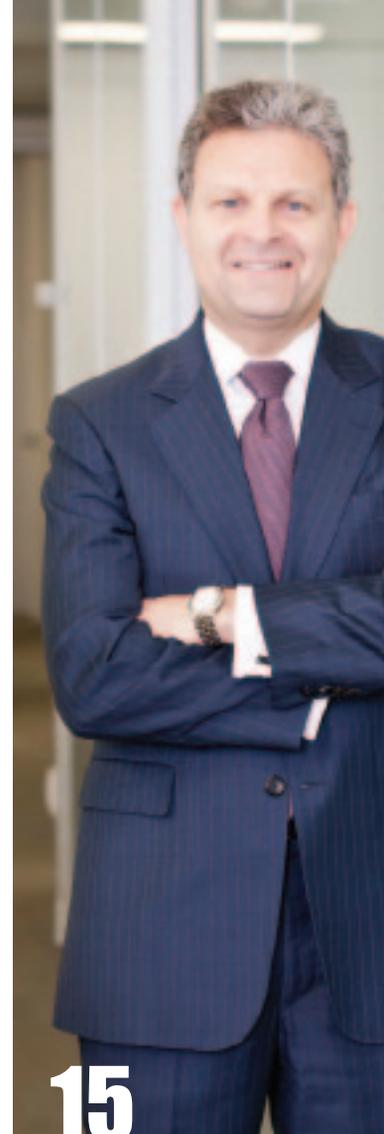
Par Richard Lenthall et Jonathan Coltman, associés chez KPMG, à Londres, Royaume-Uni

63 CQP Update

Nouvelles du PQC

64 CAIRP Members Building Better Communities

66 Index to Advertisers



15

24



Contributing Writers: Kara Kurylłowicz, Richard Woodbury

© 2012 Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

All rights reserved. The contents of this publication may not be reproduced by any means, in whole or in part, without the prior written consent of the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

Published April 2012 for:

Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals
277 Wellington St. W.
Toronto, ON M5V 3H2
Phone: 416-204-3439
Fax: 416-204-3410

Published by:

Publisher: Robert Thompson

Editor: Jeanne Fronda

Sales Executives

Steve Beauchamp, Dawn Stokes
Gary Fustey, Kari Morgan

Production Team Leader

Adrienne N. Wilson

Senior Graphic Design Specialist

James T. Mitchell

MediaEDGE
PUBLISHING INC.

MediaEdge Publishing Inc.

5255 Yonge St., Suite 1000

Toronto, ON M2N 6P4

Toll-Free: 1-866-216-0860 ext. 229

robertt@mediaedge.ca

531 Marion Street

Winnipeg, MB Canada R2J 0J9

Toll Free: 1-866-201-3096

Fax: 204-480-4420

www.mediaedgepublishing.com

President: Kevin Brown

Senior Vice-President: Robert Thompson

Branch Manager: Nancie Privé

Please Return Undeliverable Copies To:

Canadian Association of Insolvency and

Restructuring Professionals

277 Wellington St. W.

Toronto, ON M5V 3H2

Phone: 416-204-3439

Fax: 416-204-3410

Publication Mail Agreement #40787580

Board of Directors, 2011-2012

Conseil d'administration, 2011-2012

Chair/Présidente du Conseil
Guyline Houle, BCL, FCIRP
Pierre Roy & Associés Inc.,
Montréal, QC

Vice-Chair/Vice-président du Conseil
A. John Page, CA•CIRP, CIRP
A. John Page & Associates Inc.
Toronto, ON

Secretary-Treasurer/Secrétaire-trésorier
Paul Casey, CA•CIRP
Deloitte
Toronto, ON

CICA Representative/Représentant de PICCA
David A. Howe, CMA, CA•CIRP, CIRP
Janes & Noseworthy Limited
St. John's, NL

President/Président-Directeur général
Mark Yakabuski,
CAIRP
Toronto, ON

Members/Membres

Ian Penney, CA•CIRP, CIRP
Janes & Noseworthy Limited,
St. John's, NL

Leanne Salyzyn, B.Comm., CIRP
Salyzyn & Associates Limited,
Lower Sackville, NS

Ann Poirier, CA•CIRP, CIRP
A.C. Poirier & Associates, Saint John, NB

Gail Fayerman, MBA, CA
Concordia University, Montreal, QC

Hon. Yoine Goldstein, B.A., B.C.L. (Hon.), LL.D.
McMillan LLP, Montreal, QC

Pierre Lemieux, CIRP
Lemieux Pomerleau & Associés
Inc., Gatineau, QC

Gilles Robillard, CA, CIRP
RSM Richter Inc., Montréal, QC

André Bolduc, CA•CIRP
BDO Canada Limited, Ottawa, ON

David A. Johnson, CGA, CFE, CIRP
PricewaterhouseCoopers
Inc., Winnipeg, MB

Dean Burlingham, MBA, CA
Burlingham Associates Inc., Saskatoon, SK

Mr. Craig Fryzuk, CIRP
BDO Canada Ltd., Calgary, AB

Craig Munro CA•CIRP, CIRP
Ernst & Young Inc., Vancouver, BC

Provincial Association Presidents/ Présidents des associations provinciales

Craig Munro, CA•CIRP, CIRP
Ernst & Young Inc., Vancouver, BC

Sharon Stapley, CIRP
BDO Canada Limited, Edmonton, AB

Ian Schofield, CA, CBV, CIRP
Meyers Norris Penny Limited, Regina, SK

Jillian Taylor-Mancusi, BA, CIRP
L.C. Taylor & Co. Ltd., Winnipeg, MA

Sheldon Title, CA•CIRP, CIRP
Shimmerman Penn Title & Associates Inc.,
Toronto, ON

Virginie Comtois, CA, CIRP
Raymond Chabot Grant
Thornton, Montreal, QC

Matthew Munro, CIRP
PricewaterhouseCoopers
Inc., Saint John, NB

Joseph Wilkie, CMA, CIRP
WBLI Incorporated, Bedford, NS

Greg Gosse, CMA, CIRP
PricewaterhouseCoopers Inc., St. John's, NL

Communications Committee/ Comité de communication

Guyline Houle, BCL, FCIRP
Pierre Roy & Associés Inc.,
Montréal, QC

Debora Kwasnicky, CA•CIRP, CIRP
D. Kwasnicky & Associates Inc.,
Coquitlam, BC

A. John Page, CA•CIRP, CIRP
A. John Page & Associates Inc.
Toronto, ON

Mark Yakabuski,
CAIRP
Toronto, ON

Editorial Advisory Board/ Comité consultatif de rédaction

David Bromwich, CIRP
Bromwich & Smith Inc.
Calgary, AB

Mary Buttery
Davis LLP
Vancouver, BC

Prof. Jassmine Girgis
University of Calgary
Calgary, AB

Richard M. Harris, CA•CIRP, CIRP
KPMG LLP
Toronto, ON

Guyline Houle, BCL, FCIRP
Pierre Roy & Associés Inc.,
Montréal, QC

Derek Hynes
Bank of Montreal
Toronto, ON

Sanjeev Mitra
Aird & Berlis LLP
Toronto, ON

Larry Prentice, FCIRP, Chair
Prentice Strategies Inc.
Vancouver, BC

Martin Rosenthal, CIRP
Ernst & Young Inc.
Montreal, QC

Mark Yakabuski
CAIRP
Toronto, ON

CAIRP Staff/Personnel de l'ACPIR

**Mark Yakabuski, President/
Président-Directeur général**

Ali R. Hemani, CGA
Director of Finance & Administration/
Directeur des finances et de l'administration

Bea Casey, Director, CAIRP Education
Programs/Directrice, programmes
d'éducation de l'ACPIR

**Paula Anderson, Executive
Assistant to the President/Adjointe
administrative au président**

**Roxanne LaBrie, Manager of
Member Relations/Chef des
relations avec les membres**

**Joshua Katchen, Events Manager/
Chef des événements**

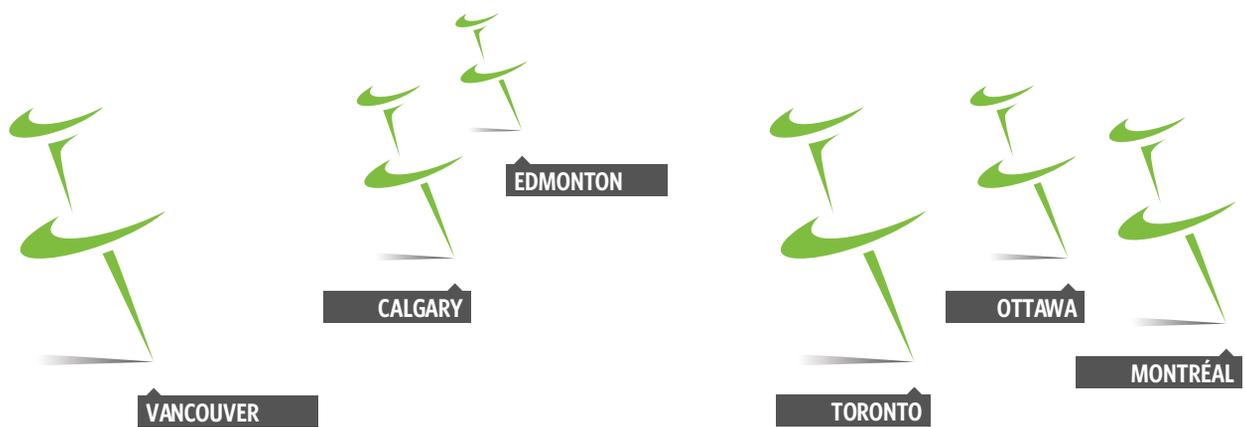
Isabelle Gauthier,
Registrar, CIRP Qualification
Program/Régistrare du PQC

Judy Garant,
Administrative Assistant, Finance/
Adjointe administrative aux Finances

Renzo Libaque, BSc.,
CQP Administrator/
Administrateur du PQC

Insolvency knows no borders. Neither do we.

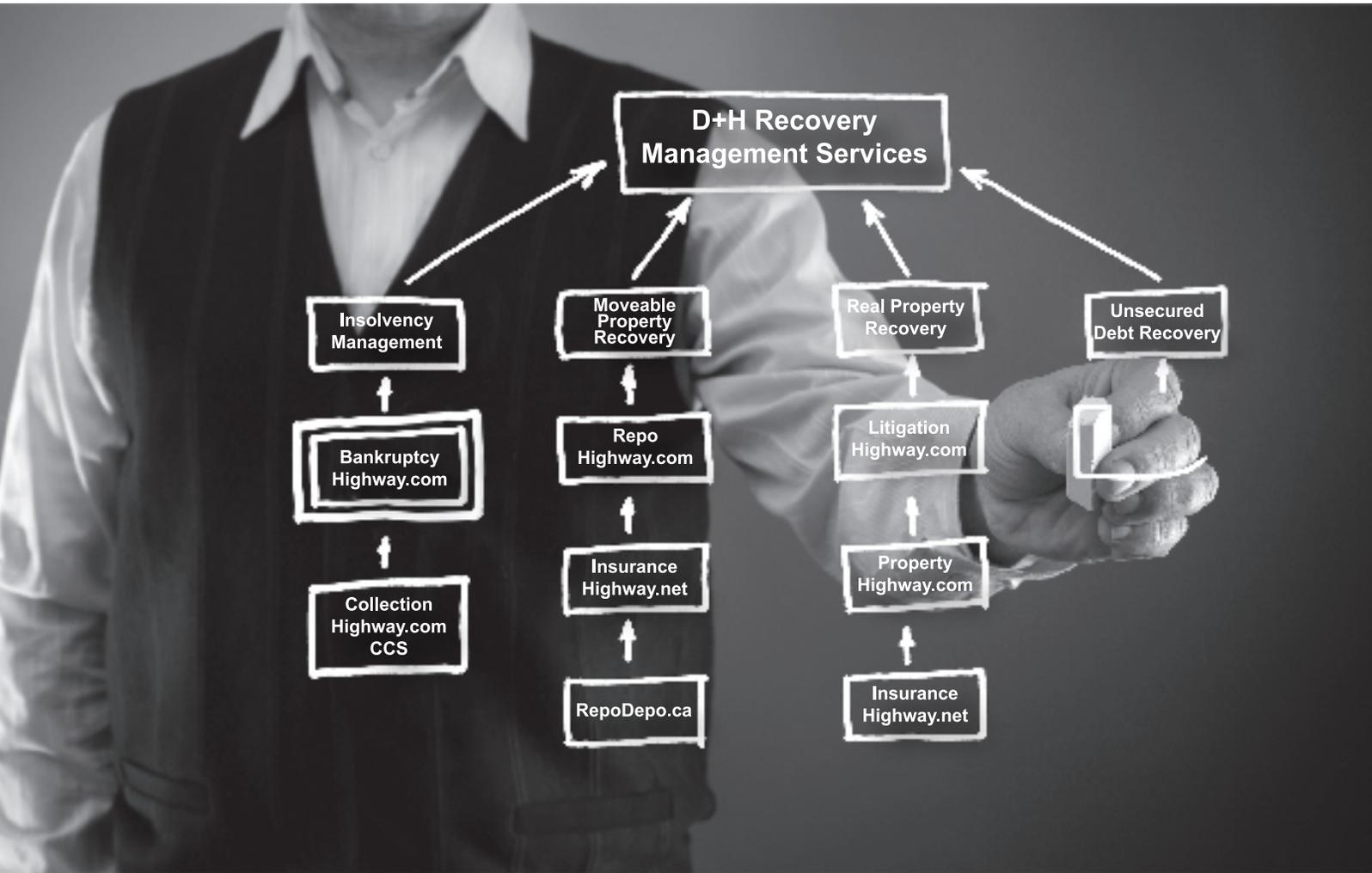
The country's largest,
most integrated insolvency group.



Find out more at
fmc-law.com/insolvency

Fraser Milner Casgrain LLP





D+H Recovery Management Services

The Canadian market leader in providing technology based asset recovery and insolvency management solutions to the financial services industry.

BankruptcyHighway.com
Your direct creditor connection

Trustees, send your notifications to:
bankruptcydocuments@asset.net

In January 2011, D+H acquired the operations of ASSET Inc. To learn more about our expanded range of service solutions, please contact us at salesandmarketing@dh ltd.com

©2012 All rights reserved. D+H, BankruptcyHighway.com, CollectionHighway.com, RepoHighway.com, InsuranceHighway.net, RepoDepo.ca, LitigationHighway.com, PropertyHighway.com are trademarks of D+H Limited Partnership.



Chair's Reflections

Réflexions de la présidente du Conseil de l'ACPIR

By/Par Guylaine Houle, BCL, FCIRP

Dear friends, colleagues and professionals,

Firstly, I would like to extend my most sincere thanks to all the members and volunteers who permit this Association not only to continue to exist, but also to grow and progress, in the current economic environment and throughout all the jurisdictions of our ever-evolving nation.

“Once you reach the top, keep climbing.”

Let's take inspiration from this saying! It perfectly describes the position of the Association in the wake of the decisions of the OSB regarding the Trustee licensing framework. Clearly, the submission filed by CAIRP, and its post-filing communication strategy in response to this consultation, demonstrated the expertise and the professionalism of our members. It was a moment of great pride for each and every one of us.

In fact, one of the primary objectives of our Association for the next two years is to ensure that our exceptional status as insolvency specialists be recognized by all stakeholders in the field of insolvency — both in Canada and internationally.

To this end, John Page, Vice-Chair of the Association, has agreed to lead the Strategic Planning Committee of our Association. Once the Strategic Plan is accepted by the members at CAIRP's Annual Conference (to be held in August 2012 in Banff), the Strategic Plan will come into effect and be implemented over the course of the next three years. Our Strategic Plan will be founded on the basic principles that unite all members of CAIRP — specifically our professionalism and our knowledge as experts in insolvency.

Moreover, to achieve this objective, I believe in the importance of the strong will and devotion of each member. We must persevere in order to continue to be the best in our field and fight to defend our ideas when they are clearly superior and to the benefit of all stakeholders in the Canadian insolvency system. We must continue to always demand excellence from our members and to maintain our pride following each completed mandate or closing of a case. These are the qualities that distinguish us from other professional groups.

Chers amis, collègues et professionnels,

J'aimerais tout d'abord offrir mes remerciements les plus sincères à tous les membres et bénévoles qui permettent à cette association de non seulement continuer d'exister, mais aussi de grandir et de progresser dans le contexte économique actuel et à travers l'ensemble des juridictions de notre nation, toujours en évolution.

« Une fois le sommet atteint, continuez à monter. »

Inspirons-nous de ce proverbe! Il décrit très bien la position de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation, suite au dépôt du résultat de la consultation dans le cadre de la réglementation des licences de syndic, par le Surintendant des faillites. En effet, la soumission déposée par l'ACPIR ainsi que la stratégie de communication développée par l'ancien président du CA, en réponse à cette dernière consultation a démontré l'expertise et le professionnalisme dont font preuve nos membres. Ce fut un moment de grande fierté pour tous et chacun d'entre nous.

De fait, l'un des objectifs primordiaux de notre association pour les deux prochaines années est de s'assurer que notre statut de spécialisation exceptionnelle en insolvabilité avertie soit reconnu par tous les intervenants dans le domaine de l'insolvabilité canadienne et internationale.

À cette fin, l'ACPIR a nommé John Page, vice président du CA, à la présidence du Comité sur le Plan Stratégique de notre association. L'acceptation par les membres à la réunion annuelle de l'ACPIR, prévue pour août 2012 à Banff, marquera l'entrée en vigueur du Plan Stratégique qui sera développé au cours des trois prochaines années, afin d'étaler les objectifs à accomplir au cours des dix années à venir. Le Plan sera fondé sur les principes de base qui nous réunissent à titre de membre de l'ACPIR, soit notre professionnalisme et nos connaissances d'experts en insolvabilité.

De surcroît, pour atteindre ce but, je crois en l'importance de la volonté et du dévouement de chaque membre. Nous devons persévérer afin de continuer à être les meilleurs dans notre domaine et toujours lutter pour défendre nos idées, quand elles sont supérieures et au bénéfice de tous les intervenants dans le système d'insolvabilité canadien. Nous devons continuer de toujours exiger l'excellence de la part de nos membres et de maintenir notre fierté suite à chaque mandat accompli ou fermeture de

A second objective, fundamental to the current mandate, is to continue to develop the pertinent and appropriate tools that will allow each one of our members to maintain a high level of knowledge and expertise on the subject of insolvency. Working toward this objective will also allow us to protect our status on the national and international stage.

In the same vein, it is recognized that the commercial restructuring market in Canada is influenced as much by Canadian factors as by international ones. Thus, the recognition of our CAIRP certification is necessary, not only in Canadian markets, but also in international markets, and particularly for the larger commercial insolvency files. In addition, for personal insolvency files, this recognition is even more important across Canada, especially if we consider that certain organizations are currently attempting to play a more significant role in the personal insolvency arena.

Similarly, in a constantly evolving world, it is essential that CAIRP's governance structure provide for adaptation to change, to ensure that the members' substantial volunteer efforts are deployed and distributed in the most efficient way possible. This flexibility within the governance structure will contribute to the promotion of its members, all the while ensuring — in the short- and long-term — the recognition of their certification. In order to revise its structure, the Board is proud to have appointed David Howe, member of the Executive Committee, to lead the governance review.

In regards to our high level of professionalism, I firmly believe that it's by means of education that we will be able to ensure the continuation of our national and international reputation. And in this sense, I am of the opinion that it will be essential to maintain our one-of-a-kind study program. We also hope to attract the participation of the brightest Canadians by developing new and interesting ways of enticing them to join our education program.

There is no doubt that CAIRP plays an important role in the field of insolvency in Canada, and so, in the years to come, the Association must continue to fulfil its mission and occupy this role. As CAIRP believes in the importance of welcoming youth and engaging new members in the Association from the outset of their careers, CAIRP has created the New Members Committee. This committee will be key in providing CAIRP with fresh ideas pertaining to marketing CAIRP to their peers and attracting the best of the best to the profession. This committee will support the new ideas proposed by its members, which will in turn benefit the Association, to make the most of the modern realities of our society.

In closing, I envision the next two years with great enthusiasm. They will be years of hard work, perseverance,

dossier. C'est ce qui nous distingue des autres regroupements professionnels.

Un second objectif, fondamental au mandat actuel, est de continuer à développer des outils pertinents et appropriés qui permettront à tous nos membres de maintenir un haut niveau de connaissance et d'expertise en matière d'insolvabilité. C'est ce qui nous permettra également de préserver notre statut sur le plan national et international.

Dans le même ordre d'idées, il est reconnu que le marché de la réorganisation commerciale au Canada est influencé autant par des facteurs canadiens, que par des facteurs internationaux. Donc, la reconnaissance de notre certification PAIR est nécessaire non seulement dans les marchés canadiens, mais également dans les marchés internationaux, et particulièrement pour les dossiers de grandes envergures. De plus, au niveau de l'insolvabilité personnelle, cette notoriété est d'autant plus importante à travers le Canada, surtout si l'on considère que certains organismes tentent présentement de jouer un plus grand rôle dans le monde de l'insolvabilité personnelle.

De la même manière, dans une société en constante évolution, il est indispensable que l'ACPIR ait une structure de gouvernance corporative qui lui permette de s'adapter aux changements, afin de s'assurer que les efforts et la contribution extraordinaire que les membres apportent à l'ACPIR soit déployés des plus efficacement. Cette flexibilité de la structure de gouvernance corporative de l'ACPIR contribuera à l'avancement de ses membres tout en assurant, à court et à long terme, la notoriété de leur certification. Afin de procéder à une révision complète de sa structure de gouvernance interne, le CA est fier d'avoir mandaté David Howe, membre du Comité exécutif, à titre de président de ce comité sur la gouvernance.

En ce qui concerne le haut niveau de notre professionnalisme, je crois fermement que c'est par le biais de l'éducation que nous pourrions assurer la continuité de notre réputation nationale et internationale. Et en ce sens, je suis d'avis qu'il sera essentiel de maintenir notre programme d'études, qui est unique en son genre. Nous souhaitons également y attirer la participation des canadiens les plus brillants, tout en développant de nouvelles façons de les intéresser et les captiver.

Il n'y a aucun doute que l'ACPIR joue un rôle important dans le domaine de l'insolvabilité au Canada et dans les années à venir, l'Association se doit de continuer à remplir sa mission et à maintenir ce rôle. L'ACPIR croit en l'importance d'accueillir des jeunes et nouveaux membres au sein de son association. Nous avons donc créé le comité des jeunes membres, afin de s'assurer que les jeunes de la relève soient impliqués dès le début de leur carrière. Les membres de ce comité seront en mesure de nous offrir de nouvelles visions sur l'insolvabilité qui est toujours en progression, tout en assurant la promotion de l'ACPIR auprès de leurs pairs. Ce comité encouragera les nouvelles idées proposées par ses membres, ce qui bénéficiera à l'Association, en lui permettant de tirer partie des réalités modernes de notre société.

innovation and progress. How will the insolvency practitioner have evolved by the year 2020? I hope to be in a position to answer this question by the end of my mandate as Chair of our Association. Until then, I can guarantee you that I will do everything in my power to ensure that the recognition of our profession continues to be maintained. As you know, in order to achieve that ambitious goal, we will need the willingness and the helpful participation of each one of you. On behalf of the Association, I appeal to you, dear members, and invite you to do your part, for yourselves, your practice and for your entire profession.

En définitive, j'envisage les deux prochaines années avec beaucoup d'enthousiasme. Elles seront des années de travail ardu, de persévérance, d'innovations et de progrès. Comment s'annonce la pratique de l'insolvabilité pour un syndic en 2020? J'espère être en mesure de répondre à cette question au terme de mon mandat de présidente du conseil d'administration de notre association. D'ici là, je peux vous garantir que je ferai tout en mon pouvoir pour m'assurer que la notoriété de notre profession continue d'être affirmée. Et comme vous le savez, pour atteindre ce but ambitieux, nous aurons besoin de la volonté et de l'aide de chacun d'entre vous. Au nom de l'Association, je fais appel à vous, chers membres et vous invite à faire votre part, pour vous-même, votre pratique et pour l'ensemble de la profession. **RS**

PUBLIC AUCTIONS



CORPORATE ASSETS INC

CORPORATE ASSETS INC

“Let Our Experience Be Your #1 Asset”™

INDUSTRIAL AUCTIONS

APPRAISAL SERVICES • ASSET MANAGEMENT

Capitalizing on our extensive background of over 50 years in the industrial equipment, restructuring and insolvency markets, provides us with a wide range of experience that our clients have come to rely upon.

2 St. Clair Avenue West • Suite 1002
 Toronto, ON M4V 1L5
 Email: info@corpassets.com

TORONTO • MONTREAL • CHICAGO

www.corpassets.com • 416.962.9600



25

YEARS OF
CONSUMER
PROTECTION

In case of vehicle dealership bankruptcy,
**Ontario has outstanding
consumer protection**

“ If an Ontario-registered dealership goes bankrupt, the Compensation Fund allows our firm to help consumers who have suffered a financial loss receive all or a portion of the amounts due to them.”

Up to \$45,000 for vehicle buyers who have a valid claim against an Ontario-registered motor vehicle dealer



Motor Vehicle
Dealers
Compensation Fund



John P. Haralovich
Vice-President
BDO Canada Limited



Meet CAIRP's New President: Mark Yakabuski

Mark Yakabuski, CAIRP's new president, recognizes the importance of building consensus — an intangible skill he's been adapting and honing his entire life.

Yakabuski first saw the power of managing and marshalling his consensus-building skills and talents early in life as the 11th of 14 children in a closely knit family of Polish and Irish descent in Barry's Bay, Ontario.

Now at this point in his career trajectory — whether it be in volunteer or salaried roles, in not-for-profit or government organizations — consensus-building has become second nature to Yakabuski. It's a fundamental part of who he is and what he does daily, always keeping an open mind and always involving the broadest possible cross-section of stakeholders to ensure a solid, not fragile, consensus.

At CAIRP, Yakabuski certainly plans to use this skill as he and the organization look forward to the May 2012 Board approval of CAIRP's new Strategic Plan as well as to the 2014 legislative review of the *Bankruptcy and Insolvency Act*. In view of these upcoming milestones, his plan to put additional emphasis on the advocacy mandate — increasing the organization's political footprint and influence with government and other key stakeholders — is both important and auspicious.

VANCOUVER - CALGARY - GRANDE PRAIRIE - EDMONTON - TORONTO - MONTREAL



WE ARE A GROUP OF SPECIALTY LENDERS, PROFESSIONAL APPRAISERS, AND ASSET RECOVERY SPECIALISTS



ASSET BASED FINANCING FROM \$500,000 TO \$25 MILLION

- Bridge Loans
- Accounts Receivable & Inventory Loans
- Secured Loan Buyouts
- DIP Financing
- Sale & Leaseback
- Tax Credit Financing



GUARANTEED APPRAISALS, INCLUDING

- Machinery and Equipment
- Real Estate
- Inventory
- Receivables
- Other tangible assets



ASSET RECOVERY THROUGHOUT NORTH AMERICA

- Fixed Asset Auctions
- Inventory Liquidations
- A/R Collections
- Guaranteed Returns



WWW.CENTURYSERVICES.COM



VANCOUVER - CALGARY - GRANDE PRAIRIE - EDMONTON - TORONTO - MONTREAL

“At CAIRP, we’ve very successfully communicated within our own community, but I want to maximize our influence on the development of policies affecting insolvency and restructuring as we look ahead,” says Yakabuski.

To keep both the process and constituents moving toward an end goal, such as enhancing CAIRP’s influence, Yakabuski positions himself as the “ideas facilitator”.

The ability to generate ideas is vital because leaders who rely too much on the ideas of others may find their organizations and subsequently their own careers mired in inertia.

“I like to bring a synthesis of good ideas to the table, since ideas that work in an organization have to be malleable and evolve based on feedback,” says Yakabuski, who finds his best ideas often surface while he’s churning out laps three to four times a week at his local YMCA pool.

Evidently, he has an inherent talent for leadership with a record of achievement at organizations such as the Ontario Neurotrauma Foundation, the Provenance Life Insurance Company and the Insurance Bureau of Canada, where he spent 15 years after several years with the federal and provincial governments.

“I’m fundamentally better behind the scenes where I can positively influence and mix ideas and people to get things done than I would be at tolerating the vagaries of partisan political life,” says Yakabuski, whose father, the first Kaszub Polish Canadian to be elected to the Ontario Legislature, had hoped his son would emulate his own political career. “My sense that I was best suited to being a non-partisan leader was cemented early on.”

As a leader, Yakabuski hopes to leverage his ability to articulate a vision and strategies that CAIRP’s staff and volunteers will find compelling. He also knows that a demonstrable confidence, competence and passion are equally important in energizing and inspiring the commitment and effort required from everyone around him.

“Ideas do not carry themselves — they need to be communicated and mobilized by the people,” says Yakabuski. “My people skills are as important as my policy skills.”

Because there are just 900 trustees amidst the tens of thousands of professionals in the wider financial pool, there is a strong sense of responsibility and identification within the community. In his first three months with CAIRP, Yakabuski was profoundly impressed by the trustee members’ powerful identification with their organization, something that has motivated dedicated volunteers who devote a remarkable amount of time to their

Vital Statistics



EDUCATION

Graduated with Honours, B.A. Political Science, McGill University (Greville Smith Scholarship), 1980 -1983

Studied at Institut d'études politiques de Paris, France (Guy Drummond Scholarship), 1983 -1984

Joined M.A. Program in Political Science, McGill University (J.W. McConnell Fellowship), 1984 – 1986

Joined Masters of Theology Program, Toronto School of Theology, University of Toronto, 1989 - 1990

CURRENT DIRECTORSHIPS

Vice-chair, Ontario Neurotrauma Foundation

Director, Provenance Life Insurance Company

EMPLOYMENT

President and CEO, Insurance Bureau of Canada, 2007 – 2008, joined IBC in 1993

Policy advisor, Ministry of Community and Social Services, Toronto, Government of Ontario, 1990 to 1993

Coordinator for Canadians Against the Meech Lake Accord, 1987 to 1988

Special assistant to the Minister, Department of Supply and Services, Government of Canada, 1986 to 1987

OTHER INTERESTS AND ACHIEVEMENTS

Queen's Golden Jubilee Medal Recipient, 2002

Past Vice-Chair, Board of Directors, Ontario Safety League and Member of the Executive Committee

Past Director, Board of Directors, Foundation of the Canadian Organization for Development through Education (CODE Foundation)

Past Vice-Chair, Board of Directors, Canada Safety Council and Member of the Executive Committee

Past Member, City of Toronto Emergency Management Committee

PERSONAL

Fluent in English and French. Proficient in Spanish.

Swims laps, which he finds meditative, three to four times a week year-round. Cycles, runs and canoes in the Ottawa Valley's cottage country.

Visits France for the art and culture; Argentina for the tango and extraordinary landscapes.

various roles and committees. Concerned those volunteers may burn out, Yakabuski is mindful of attempting to more equitably distribute that load.

"I may be able to assist the chair or vice-chair in some of their work, but we'll also look at other strategies including mentoring," he says. "It's not as simple as just asking for more volunteers — we really need to match the challenge at hand with the right skills and experience."

Connecting with CAIRP's members includes becoming acquainted with the realities that affect the daily professional lives of insolvency and bankruptcy trustees, whether they target the consumer or corporate markets. To boost his comfort level, Yakabuski plans to spend as much time in conversation with trustees as possible and supplement that anecdotal knowledge with some targeted reading.

Although his education had been politically focused at McGill and the Institut d'études politiques de Paris, he briefly abandoned that path for a year of studying theology in his mid-20s. Despite his continued interest in other-worldly matters, he came to understand that there are many ways to serve a higher purpose no matter where you are in life.

Fluent in French and English and proficient in Spanish, Yakabuski evidently has a facility with language. At 17, to his father's surprise, he invested two summers' worth of savings in a two-month trip to France. He spent one month learning the language at the Université de Tours and the second month on a Peugeot moped, meandering from town to village through the Loire, Normandy and Brittany. Yakabuski remembers it as one of the most extraordinary experiences of his life, cultivating in him a lasting love of the French language, art and culture. Aside from the fact he immensely enjoys the language, Yakabuski's ability to communicate with Canadian francophones has also been useful professionally.

"It's a recognition of their significance and a show of respect," he says. "Canada is the political product of two founding nations and as such we must never forget our French heritage."

Mark Yakabuski concludes that he is looking forward to putting all of his past experience to work for CAIRP. "There are some great opportunities ahead for the Association, if only we work together to achieve them. I expect to be very busy in my new role." **RS**

A portrait of Mark Yakabuski, a middle-aged man with short, graying hair, smiling. He is wearing a dark blue pinstriped suit jacket over a white shirt and a patterned tie. He has his arms crossed and is wearing a watch on his left wrist. The background is a blurred indoor setting with light-colored walls and a door.

Faites connaissance avec le nouveau PDG de l'ACPIR : Mark Yakabuski

Mark Yakabuski, le nouveau président-directeur général de l'ACPIR est très conscient de l'importance d'établir des consensus, et c'est une compétence qu'il a perfectionnée toute sa vie.

Issu d'une famille très unie d'origine polonaise et irlandaise de Barry's Bay, en Ontario, et onzième de quatorze enfants, Mark Yakabuski a compris très jeune l'importance de maîtriser l'art de la concertation pour atteindre des objectifs communs. Aujourd'hui, l'établissement de consensus est devenu pour lui une seconde nature, aussi bien en tant que bénévole que dans le cadre d'un travail rémunéré, dans le contexte d'un organisme à but non lucratif, que dans la fonction publique. C'est un aspect fondamental de sa personnalité, qu'il exerce quotidiennement, et toujours avec un esprit ouvert, afin de tenir compte des préoccupations d'un maximum d'intervenants et de veiller à l'établissement d'un consensus aussi solide que viable.

Au sein de l'ACPIR, Mark Yakabuski a bien l'intention d'utiliser cette aptitude dans l'élaboration du Plan Stratégique de l'organisme, qui doit être approuvé par le conseil d'administration en mai 2012, de même que pour la révision de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, prévu pour 2014. En vue de ces étapes cruciales, il entend mettre l'accent sur le mandat de promotion de l'organisation, de manière à renforcer son empreinte politique et son influence auprès du

gouvernement et des autres intervenants clés : un plan aussi important que prometteur.

« Nous avons établi une communication efficace au sein même de l'ACPIR, mais je veux optimiser notre influence sur l'élaboration des politiques en matière d'insolvabilité et de réorganisation, dans une perspective d'avenir », affirme Mark Yakabuski.

Pour favoriser l'avancement du processus et la progression des membres vers un but ultime, en l'occurrence, celui de l'accroissement de l'influence de l'ACPIR, Mark Yakabuski se considère comme un « facilitateur d'idées ». La capacité de générer des idées est primordiale parce que les dirigeants qui comptent trop sur les idées des autres finissent souvent par voir stagner leur organisation, tout comme leur propre carrière.

« J'aime apporter à la table une synthèse des meilleures idées car les idées qui fonctionnent le mieux au sein d'une organisation sont celles qui sont souples et susceptibles d'évoluer en fonction des commentaires », ajoute Mark Yakabuski, en précisant que ses meilleures idées émergent souvent de ses séances de nage à la piscine du YMCA, où il fait des longueurs de trois à quatre fois par semaine.

De toute évidence, Yakabuski est un leader né, comme le démontrent ses réalisations au sein d'organisations telles que l'Ontario Neurotrauma Foundation, la Provenance compagnie d'assurance-vie et le Bureau d'assurance du Canada, où il a passé 15 ans, suite à ses nombreuses années au service des gouvernements fédéral et provincial.

« Je suis fondamentalement plus efficace en arrière-scène, où je peux exercer une influence positive en rassemblant les idées et les gens qui peuvent faire avancer les choses, que je le serais si je devais tolérer les aléas de la vie politique », explique Mark Yakabuski. Son père, qui a été le premier membre du Parlement ontarien d'origine kachoube polonaise, aurait pourtant bien aimé voir son fils suivre ses traces. « Mais j'ai réalisé très tôt que j'étais plus doué comme leader non partisan. »

En tant que chef de file, Mark Yakabuski mise sur sa capacité à formuler une vision et des stratégies qui motiveront le personnel et les bénévoles de l'ACPIR. Qui plus est, il sait qu'il faut faire preuve d'assurance, de compétence et de passion pour motiver et inspirer son entourage à s'engager et à s'investir, avec tous les efforts nécessaires.

« Mais les idées ne se diffusent pas d'elles-mêmes, elles doivent être communiquées et prises en charge », explique Yakabuski. « Mes compétences en relations humaines sont toutes aussi importantes que mes aptitudes en politiques. »

Parce qu'il n'y a que 900 syndics parmi les dizaines de milliers de professionnels du domaine financier, cette petite collectivité se distingue par le sentiment d'appartenance de ses membres

et par leur grand sens des responsabilités. Au cours de ses trois premiers mois à la tête de l'ACPIR, le nouveau PDG a été grandement impressionné par le profond sentiment d'appartenance des ses membres, qui pousse nombre d'entre eux à s'investir bénévolement à divers titres et au sein des différents comités. Conscient que certains d'entre eux risquent d'épuiser leurs ressources, Mark Yakabuski souhaite contribuer à répartir la charge le plus équitablement possible.

« Je serai sans doute en mesure d'aider la présidente ou le vice-président dans certaines de leurs tâches, mais nous nous pencherons aussi sur d'autres stratégies comme le mentorat », affirme-t-il. « Il ne suffit pas de demander plus de bénévoles, il faut aussi trouver les personnes qui ont l'expérience et les aptitudes requises pour relever les défis de l'heure. »

Connecter avec les membres de l'ACPIR signifie également pour le président se familiariser avec les réalités de la vie professionnelle des syndics de faillite, qu'ils œuvrent auprès des consommateurs ou des entreprises. Pour accroître ses connaissances, Mark Yakabuski compte passer le plus de temps possible à discuter avec des syndics, tout en complétant ces connaissances anecdotiques par des lectures ciblées.



S. WILSON & Co.
BAILIFFS LIMITED
APPOINTED & BONDED

Providing services to the legal profession, municipalities, trustees, financial institutions, landlords and creditors in the Province of Ontario since 1977. Specializing in:

- Commercial Tenancy Matters
- Property Management Services
- Repair Storage Lien Act Services
- Certified Inventory & Appraisals
- Warehouse Storage
- Chattel Mortgage Services
- Municipal Services
- Matrimonial Valuations

WWW.BAILIFFSALE.COM

Toll free: 1-855-SWILSON (794-5766) 416-633-1416
Email: info@bailiffsale.com

BAILIFFS • CERTIFIED APPRAISERS • AUCTIONEERS

Son parcours



ÉTUDES

Baccalauréat spécialisé en science politique à l'Université McGill (bourse Greville Smith), 1980-1983

Études à l'Institut d'études politiques de Paris, France (bourse Guy Drummond), 1983-1984

Études de maîtrise en science politique à l'Université McGill (bourse de recherche J.W. McConnell), 1984-1986

Études de maîtrise en théologie à l'Université de Toronto (Toronto School of Theology), 1989-1990

POSTES D'ADMINISTRATION ACTUELS

Vice-président de l'Ontario Neurotrauma Foundation

Administrateur de la société d'assurance-vie, Provenance Life Insurance Company

EMPLOIS

Président-directeur général du Bureau d'assurance du Canada de 2007-2008 (entrée en fonction en 1993)

Conseiller en politiques au ministère des Services sociaux et communautaires à Toronto, gouvernement de l'Ontario, de 1990 à 1993

Coordonnateur auprès de l'organisation « Canadiens Against the Meech Lake Accord », de 1987 à 1988

Adjoint spécial du ministre d'Approvisionnement et Services Canada, gouvernement du Canada, de 1986 à 1987

AUTRES RÉALISATIONS

Récipiendaire de la Médaille du jubilé d'or de la reine Elizabeth II en 2002

Ancien vice-président du conseil d'administration et membre du comité de direction de l'Ontario Safety League

Ancien membre du conseil d'administration de la fondation de l'Organisation canadienne pour l'éducation au service du développement

Ancien vice-président du conseil d'administration et membre du comité de direction du Conseil canadien de la sécurité

Ancien membre du comité de gestion des urgences de la ville de Toronto

LOISIRS

Nager de trois à quatre fois par semaine, à longueur d'année. Une activité qu'il trouve très inspirante.

Faire du vélo, de la course à pied et du canot dans les secteurs de villégiature de la vallée de l'Outaouais.

Visiter la France pour les arts et la culture et l'Argentine pour le tango et les panoramas éblouissants.

Malgré que ses études aient porté principalement sur les sciences politiques, notamment à l'Université McGill et à l'Institut d'études politiques de Paris, au milieu de la vingtaine, il a bifurqué pendant un an vers la théologie. Et bien qu'il s'intéresse toujours aux questions spirituelles, il a compris que quoi que l'on fasse dans la vie, il y a plusieurs façons de servir une cause de façon noble.

Très doué pour les langues, Mark Yakabuski maîtrise l'anglais et le français, en plus de posséder une bonne connaissance de l'espagnol. À l'âge de 17 ans, à la surprise de son père, il a investi les économies de deux étés de travail dans un voyage de deux mois en France. Il a étudié le français à l'Université de Tours pendant le premier mois, et au deuxième, il a sillonné la Loire, la Normandie et la Bretagne sur une mobylette Peugeot. De cette expérience, qu'il considère comme l'une des plus enrichissantes de sa vie, il conserve l'amour de la langue française, des arts et de la culture. Outre le fait qu'il apprécie grandement la langue, son aptitude à communiquer avec les francophones du Canada l'a bien servi sur le plan professionnel.

« C'est une reconnaissance de leur importance et une marque de respect », souligne-t-il. « Le Canada est le résultat politique de deux nations fondatrices et nous ne devons jamais oublier notre héritage français. »

Mark Yakabuski conclut en affirmant qu'il est heureux de mettre toute son expérience au profit de l'ACPIR. « Il y a de très belles opportunités à venir pour l'Association, et si nous travaillons tous ensemble à les réaliser, je m'attends à être très occupé dans mon nouveau rôle de président. » **RS**

Tactics For Success

CAIRP | May 2012
Insolvency And Restructuring Forum

- CAIRP / OSB Update
- Mid-market Technical Update
- Forbearance Situations
- Profile Of A Successful Restructuring
- Transfers Under Value
- Trends In Consumer Insolvency
- Personal Technical Update
- Social Media Featuring Randall Craig

May 7 Vancouver | Centre For Dialogue
May 8 Calgary | Greenwood Inn
May 14 Halifax | World Trade & Convention Centre
May 16 Toronto | Metro Toronto Convention Centre
May 17 Winnipeg | Winnipeg Convention Centre
May 30 Montréal | Mont Royal Centre

For more information visit
www.cairp.ca/continuing-education

Stratégies pour le Succès

ACPIR | Mai 2012
Forum sur l'insolvabilité et
la réorganisation

- Rapport du ACPIR / BSF
- Bilan jurisprudentiel commercial du marché intermédiaire
- Conventions d'abstention
- Profil d'une restructuration réussie
- Bilan jurisprudentiel en insolvabilité personnelle
- Opérations sous-évaluées
- Tendances de l'insolvabilité des consommateurs
- Médias sociaux en vedette Patrick Leroux

7 mai Vancouver | Centre For Dialogue
8 mai Calgary | Greenwood Inn
14 mai Halifax | World Trade & Convention Centre
16 mai Toronto | Metro Toronto Convention Centre
17 mai Winnipeg | Winnipeg Convention Centre
30 mai Montréal | Centre Mont Royal

Pour en savoir plus
www.cairp.ca/continuing-education

CAIRP
Rebuilding Success • Rétablir le succès

Canadian Association Of Insolvency And Restructuring Professionals
L'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation





Bill James: The Interim Superintendent of Bankruptcy

In his first few weeks on the job, Bill James, the interim Superintendent of Bankruptcy, came to appreciate his staff's commitment to their mandate as well as the important role that insolvency professionals play in the efficient, effective and fair operation of the bankruptcy and insolvency system.

“Leading an organization like the OSB is a real privilege because in view of our mandate, which is to supervise the administration of all estates and matters under insolvency legislation, we play an important role in addressing the public interest and one which directly affects Canadians, lenders, trustees and other stakeholders,” says James, whose September 30th interim appointment is in effect for up to a year. “Hearing the perspectives of OSB staff and the insolvency community on the management and program issues they consider important for OSB will be a key priority.”

The OSB's 350 employees across Canada are mandated to protect the integrity of the bankruptcy and insolvency system and help ensure public confidence in this element of the Canadian marketplace. To this end, James and the OSB management team will be moving forward on a variety of multi-year initiatives designed to support an efficient and effective regulatory framework for insolvency matters. This will include priorities such as moving forward with the results of the Licensing Framework Review and the Compliance Framework Review. The management team will also focus on recruitment and employee development to ensure the OSB can fill the vacancies that will appear in the face of anticipated retirements. On the IT front, the OSB is working towards a practical and cost effective plan for the renewal of the OSB's legacy business applications in order to meet future operational and reporting needs.

James joins the OSB with more than 20 years of federal public service experience, which has included management in program, policy and corporate roles, including several years in a legislative and regulatory program policy role for Part 1 of the Employment Insurance Program. “As the OSB is part of Industry Canada, I believe my background working elsewhere in the department and the public service may be of assistance in moving forward on OSB priorities,” says James, who joined Industry Canada in 2008 as Director General, Service Industries and Consumer Products, and subsequently served as the department's Director General of Human Resources from 2009 to 2011.

Prior to joining Industry Canada, James worked in various capacities at Human Resources and Skills Development Canada, including as Director General, Employment Insurance Policy; Senior Director, Labour Market Policy; and Director, Federal-Provincial Relations. At Environment Canada, between 1991 and 1999, James worked in a variety of program and policy positions. His educational background includes a Master of Business Administration from the University of Alberta and a Bachelor of Science from Queen's University. **RS**



Bill James : Surintendant des faillites par interim

Au cours de ses premières semaines de travail, Bill James, surintendant des faillites à titre intérimaire, en est venu à apprécier l'engagement de son personnel à l'égard de son mandat, de même que le rôle important que jouent les professionnels de l'insolvabilité dans le fonctionnement efficace, efficient et équitable du système d'insolvabilité.

« Diriger une organisation comme le Bureau du surintendant des faillites (BSF) constitue un véritable privilège parce que compte tenu de notre mandat, qui est de contrôler l'administration des actifs et des affaires régis par la loi, nous jouons un rôle important à l'appui de l'intérêt public et notre action a une incidence directe sur les Canadiens, les prêteurs, les syndic et les autres intervenants », déclare M. James, nommé le 30 septembre dernier au poste de surintendant par intérim, pour une période maximum d'un an. « Une de mes grandes priorités sera d'être à l'écoute des idées des employés du BSF et des questions que les intervenants du milieu de l'insolvabilité considèrent comme importantes, face à la gestion et aux programmes du BSF », ajoute-t-il.

Les 350 employés du BSF, qui sont répartis dans différentes régions du Canada, ont pour mandat de protéger l'intégrité du système de faillite et d'insolvabilité, ainsi que de contribuer à maintenir la confiance du public dans ce système, qui est un pilier du marché canadien. À cette fin, M. James et l'équipe de direction du BSF feront progresser diverses initiatives pluriannuelles visant à appuyer un cadre réglementaire efficace et efficace pour les affaires relatives à l'insolvabilité. Parmi les priorités, mentionnons qu'il faudra aller de l'avant avec les résultats de l'Examen du cadre de délivrance des licences de syndic et de l'examen du cadre de conformité. L'équipe de direction mettra également l'accent sur le recrutement et le perfectionnement des employés pour faire en sorte que le BSF puisse combler les postes vacants à mesure qu'ils se libéreront, compte tenu des départs à la retraite prévus. Sur le front des technologies de l'information, le BSF travaille à l'établissement d'un plan pratique et économique pour le renouvellement de ses applications d'affaires, de façon à répondre aux futurs besoins opérationnels et à établir les rapports requis.

M. James compte plus de 20 ans d'expérience dans la fonction publique fédérale, notamment en tant que gestionnaire au niveau des programmes, des politiques ou de l'organisation. Pendant plusieurs années, il a assumé des fonctions d'élaboration des politiques dans le cadre de programmes législatifs et réglementaires pour la partie 1 du Programme d'assurance emploi. « Comme le BSF fait partie d'Industrie Canada, je pense que mon expérience dans d'autres services du ministère et de la fonction publique pourra m'aider à mettre de l'avant les priorités du BSF », déclare M. James, qui a joint les rangs d'Industrie Canada en 2008, au poste de directeur général des Industries de services et produits de consommation, avant d'être nommé directeur général des Ressources humaines au ministère, de 2009 à 2011.

Avant d'entrer au service d'Industrie Canada, M. James avait occupé diverses fonctions auprès de Ressources humaines et Développement des compétences Canada, notamment en qualité de directeur général, Politique de l'assurance-emploi; directeur principal, Politique du marché du travail; et directeur, Relations fédérales-provinciales. À Environnement Canada, où il a travaillé de 1991 à 1999, M. James a occupé divers postes en tant que responsable des programmes et des politiques. Bill James est titulaire d'une maîtrise en administration des affaires de l'Université de l'Alberta et d'un baccalauréat en sciences de l'Université Queen's, en Ontario. **RS**



Paperless Office: Evolution or Revolution?

In a trustee's office, paper is everywhere — stashed in cabinets, stacked along walls and squirreled away in back rooms and off-site spaces. Yet increasingly, progressive offices are reassessing how they will carry and organize their data as they focus on improving efficiencies and expanding their bottom line.

“Our partners saw that the future would be paperless and our industry is certainly moving that way because it is more efficient, more flexible and far cheaper than the traditional methods,” says Collin Legall, Vice-President, CIRP and trustee in bankruptcy at Lazer Grant Inc., in Winnipeg.

Three years ago in the spring of 2009, when *Rebuilding Success* magazine looked at the paperless office, the focus was on environmental benefits with an emphasis on reducing paper consumption, waste production and costs related to the handling of such a high volume of paper as a trustee practice generates.

Yet, as much as the industry still cares for the planet, business leaders are recognizing more and more that a paperless office can, in fact, diminish costs and, most importantly, expedite the workflow as well as elevate the degree of transparency. A paperless office does make it easier to keep track of the files and keep tabs on the state of the business.

“Everything I need to run and manage my business is at my fingertips. I see a lot more and I always know what is going on,” says Jay Harris, partner, CA, CIRP, at Harris & Partners, in Toronto. They were the first practice in the Toronto area to commit to a paperless environment with ÜBERbase and Doc-It.

Better yet, owners and partners understand that they get to decide just how paperless they want their offices to be and whether they want an evolution or a revolution. In fact, they might consider using and applying the term paper-less — coined by Lance DeCaire, President and CEO of Promeric Technologies, in Toronto — suggesting

there is less paper without implying there is no paper at all.

The Position of the OSB

The Office of the Superintendent of Bankruptcy first sparked interest in paperless environments back in June 2007, when trustees were first required to e-file all forms, documents and supporting information for new summary and ordinary administration bankruptcies, as well as Division I and II proposals.

Then, in 2008, the OSB undertook a review of Trustees Electronic Record Keeping (TERK) via a pilot project with Martin Poirier, CA CIRP, and his colleagues at Lemieux Nolet Inc., in Lévis, Quebec.

“I am not prepared to quantify the money saved, but it did make our work processes and day-to-day tasks infinitely easier and more efficient,” says Poirier, who also predicts future savings on physical storage space.

Although the pilot was considered a success, many trustees were reluctant

to make the move towards a paperless practice, at least until the OSB was in a position to issue some official guidelines.

That time has come, and in early 2012, the OSB plans to post a draft for a TERK-related directive on its website. The directive will have considered the needs of trustees and insolvency stakeholders and will set out the conditions, requirements and minimum standards for managing estate documents electronically — from digitization through to disposition.

“Ultimately, the OSB’s goal is to continue to encourage and facilitate initiatives that enable a paperless insolvency system, while ensuring that any such initiative is consistent with the provisions of the *BIA* and other relevant statutes,” says Elisabeth Lang, the Director General of Program Policy and Regulatory Affairs at the OSB, in Ottawa.

As firms consider paperless insolvency systems, they want to ensure they understand and comply with the *BIA* and various other statutes related to electronic document retention issues.

How much paper will you eliminate and how quickly?

To a great extent, it depends on the degree to which principals and their employees have already embraced the digital age and how comfortable they have become with technology. The number of principals and the quantity of files handled annually also make a difference, as do the firm’s plans for the future. A busy firm with growth plans is more likely to see a return on the investment than a solo practitioner or a small firm with just a couple of principals who are looking to wind down over the coming years.

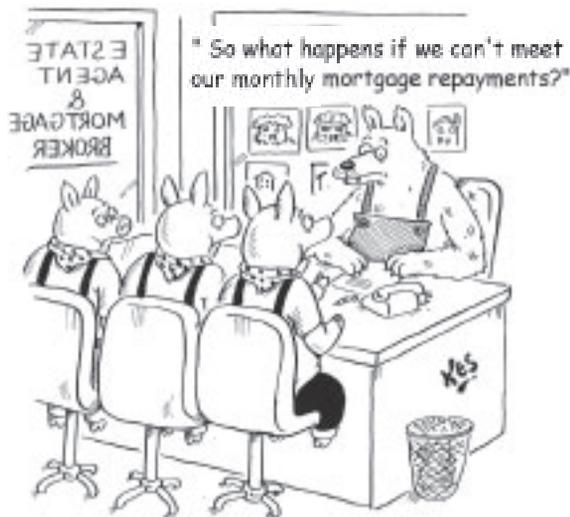
“When done properly, it can have more of an effect on a firm’s efficiency than any other technology,” says Doug Childerhose, director of business development at Doc-It, in Toronto. “It is as much about process optimization as it is about data and documents.”

Harris & Partners saw a 25 to 40

per cent increase in volume in 2008/2009, which proved to be a significant challenge for existing staff. To streamline his systems and keep the entire process moving along at a reasonable rate, Jay Harris needed to find solutions or increase his staff. Fortunately, he had watched the accounting firm he shared office space with transition to paperless and thought

it looked much faster and way more efficient than faxes, couriers, snail mail — or even email — could ever be.

By June 2009, Harris had followed suit, committing to software that facilitated the switch to electronic systems that use, manage and store data wherever possible rather than maintaining stores of physical documents. His biggest savings to date? Wages!



TIMING IS EVERYTHING

Don't wait for the problem to become a crisis. Whether you're a creditor or a business facing insolvency, you'll find experienced, proactive legal counsel where and when you need it.



Vancouver • Calgary • Yellowknife

For more information please visit www.lawsonlundell.com or contact:

Bryan C. Gibbons, Vancouver (P) 604.631.9152 (E) bgibbons@lawsonlundell.com
Kenneth B. Flowers, Calgary (P) 403.218.7524 (E) kflowers@lawsonlundell.com

TIPS



- 1) **Just Do It:** “Going paperless is one of the biggest efficiencies you can bring to your office, so make that commitment,” says Harris. “Stop thinking, analyzing and debating it — just get it done!”
- 2) **Pick One:** Research the various products and their suppliers; test them if you can. “We all pick different ones for different reasons, but whatever you decide, it will be better than whatever you have now,” says Harris.
- 3) **Talk to Your Staff:** They work with the files and systems daily. “We asked our personnel what they felt we really needed, we considered their input and acted on it,” says Poirier.
- 4) **Figure Out What Works for Your Business and the OSB:** Then, keep whatever paper files you feel are required to ensure you sleep at night. Poirier suggests the discharge document(s), Statement of Affairs, remuneration certificates, proofs of claim and income tax reports.
- 5) **Or Just Keep a Paper Copy of Everything If That Provides Peace Of Mind:** Over time, you’ll likely come to implicitly trust your paperless system, and gain clarity around the OSB’s and BIA’s expectations.
- 6) **Keep Your Electronic Files Forever:** Electronic storage is so cheap you really can afford to do that. Over the years, Poirier and others have had clients contact them more than a decade after the trustee discharge. “I have no interest in getting rid of it; it is something I can do for clients and it is space on a disc,” notes Poirier.
- 7) **Be Prepared To Love That Search Function to the Point You Can’t Imagine Life Without It:** Give it a name, a number or any other clue, and the system will find the missing file for you. “It is amazing what it can find and how quickly,” says Legall. “There was a lot of frustration before.”
- 8) **Don’t Expect the Technology to Work Miracles:** “You have to identify and implement the proper management systems and processes. The technology cannot fix that for you,” says Poirier.
- 9) **Use the Technology Experts:** Your own or even the providers, such as ÜBERbase, Promeric Inc. (Ascend and the legacy system ISS) and Doc-It — which works with ÜBERbase and Ascend — to find and implement the systems that best suit your business.
- 10) **Ask Questions:** Don’t be shy about saying, “I still don’t understand!”, and make sure you really truly do understand before signing any agreement.

“If I hadn’t gone paperless, I’d have had to hire one to two extra employees,” says Harris.

While containing salaries is a highly measurable benefit, going paperless

also frees up employees to do tasks that require more skills and add greater value to the company than scanning, copying, mailing and filing, as well as retrieving and delivering files upon requests.

“Paying employees to stand around copying and scanning or walking documents from here to there is not the best use of our resources,” adds Martin Poirier.

Evolution or Revolution

Several keystrokes can give trustees, CIRPs and their support staff access to the relevant documents, regardless of where the documents were created or where the employees are based. In a digital world, inter-office transfers are becoming a thing of the past since all data and forms can be accessed anywhere there is Internet access, whether it is a satellite office, a client’s headquarters or even a beachfront hotel.

Beyond its positive effect on a firm’s human resources, the move to digital also serves to reduce paper and costs related to mailing and equipment maintenance. Technology also makes it less likely to lose a file or see it destroyed through fire, flood or other.

“Nobody’s perfect, but if you’ve got the proper backups — and security — you will always find that file,” says Harris.

If you’re concerned about the economy, the future viability of your business, the volume of work you anticipate, as well as cost-containment, it might be time to take a good look at the “paper-less” or paperless office.

In the end, it is your business and you get to decide whether your transition to the paperless office will be an evolution or a revolution! **RS**



A GIC Investment Loan from Lendit Financial helps your clients rebuild their credit history while building up their financial savings in a GIC.

For more information on our products visit www.lenditfinancial.com or call 1.800.728.1236 to order your free information package today.



Where Canadians turn to rebuild credit after bankruptcy.



Le bureau électronique : évolution ou révolution?

Les bureaux de syndicats sont ensevelis sous la paperasse, dissimulée dans les classeurs, empilée le long des murs ou entassée dans un bureau vide. Pourtant, de plus en plus de bureaux avant-gardistes réévaluent leur façon de recueillir et d'organiser les données dans l'espoir d'améliorer leur efficacité et d'accroître leur rentabilité.

« Nos partenaires ont constaté que l'électronique était l'outil de l'avenir et notre industrie évolue indéniablement dans cette direction, car c'est plus efficace, plus flexible et beaucoup plus économique que les méthodes traditionnelles », explique Collin Legal, CIRP, syndic de faillite, vice président chez Lazer Grant Inc., un bureau de comptables agréés et d'experts-conseils de Winnipeg, qui utilise le logiciel d'insolvabilité Ascend et le système de gestion des documents Doc-It pour gérer ses données et ses processus.

Dans un article sur le bureau électronique publié au printemps 2009, le magazine *Rebuilding Success* mettait l'accent sur les avantages environnementaux, notamment la réduction de la consommation de papier et de la production de déchets, ainsi que sur les coûts de traitement du volume élevé de papier, produits par un bureau de syndicats.

Pourtant, bien que l'industrie se soucie grandement de la planète, les chefs d'entreprise reconnaissent de plus en plus qu'un bureau électronique peut non seulement permettre de réduire les coûts, mais encore, accélérer le processus de travail et accroître le degré de transparence. En prenant le virage écologique, il devient plus facile de

suivre autant les dossiers que l'évolution de l'entreprise.

« Tout ce dont j'ai besoin pour exploiter et gérer mon entreprise est au bout de mes doigts. Je vois beaucoup plus de choses et je suis toujours au courant de ce qui se passe », affirme Jay Harris, CA et PAIR, associé chez Harris & Partners de Toronto, premier bureau de la région de Toronto à s'engager à éliminer le papier en utilisant ÜBERbase et Doc-It.

Mieux encore, les propriétaires et les associés comprennent qu'ils ont le choix entre l'évolution et la révolution – autrement dit, qu'ils peuvent décider dans quelle mesure ils veulent éliminer le papier.

La position du BSF

C'est le Bureau du surintendant des faillites (BSF) qui a été le premier à susciter l'intérêt pour le bureau électronique, en juin 2007, lorsqu'il a obligé les syndicats à déposer par voie électronique tous les formulaires, documents et données justificatives pour les nouveaux dossiers de faillite d'administration sommaire et ordinaire, de même que les propositions en vertu de la section I et les propositions de consommateur.

Par la suite, en 2008, le BSF a entrepris l'examen de l'archivage électronique des dossiers d'insolvabilité, dans le cadre d'un projet pilote mené avec la collaboration de Martin Poirier, CA et PAIR, et de ses collègues du cabinet Lemieux Nolet Inc. de Lévis, au Québec.

« Je ne peux pas vraiment quantifier tout l'argent que nous avons économisé, mais l'archivage électronique a grandement facilité nos processus de travail et nos tâches quotidiennes, en plus de les rendre plus efficaces », affirme

Martin Poirier, qui prédit également des économies au chapitre de l'espace physique d'entreposage.

Bien que le projet pilote ait été considéré comme une réussite, de nombreux syndicats étaient réticents à l'idée de passer au vert, du moins jusqu'à ce que le BSF soit en mesure d'émettre des lignes directrices officielles à cet égard.

À ce propos, en début 2012, le BSF prévoit publier sur son site Web la version provisoire d'une instruction sur l'archivage électronique des dossiers d'insolvabilité. L'instruction tiendra compte des besoins des syndicats et des intervenants du milieu de l'insolvabilité, en plus d'établir les modalités, exigences et normes minimales relatives à la gestion électronique des documents d'actif, de la numérisation et l'élimination.

« En bout de ligne, le BSF entend continuer d'encourager et de faciliter les initiatives qui favorisent la réduction du papier dans le système d'insolvabilité, tout en s'assurant que les initiatives respectent la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)* et les autres textes législatifs pertinents », indique Elisabeth Lang, directrice générale des Politiques du programme et affaires réglementaires au BSF à Ottawa.

Lorsqu'ils envisagent un système d'insolvabilité sans papier, les bureaux veulent s'assurer de bien comprendre la *LFI* et les autres textes législatifs ayant trait à la conservation des documents électroniques, et de s'y conformer.

Quel volume de papier éliminer et à quel rythme?

La réponse à ces questions dépend dans une large mesure du degré d'informatisation actuel de l'entreprise

10 CONSEILS POUR PASSER AU VERT

- 1) **Faites-le!**: « Éliminer le papier est l'une des meilleures choses à faire pour accroître l'efficacité de votre bureau. N'hésitez plus! » lance Jay Harris. « Arrêtez de penser, d'analyser et de tergiverser : faites-le, tout simplement! »
- 2) **Faites le meilleur choix pour votre entreprise**: Renseignez-vous sur les divers produits et sur leurs fournisseurs et essayez-les si vous le pouvez. « Nous choisissons tous des produits et des fournisseurs différents, pour des raisons différentes. Quel que soit votre choix, il sera meilleur que le statu quo! » - Jay Harris.
- 3) **Consultez votre personnel**: Vos employés utilisent quotidiennement les dossiers et les systèmes. « Nous avons demandé à nos employés de quoi nous avons réellement besoin. Nous avons tenu compte de leurs réponses et sommes passés à l'action » - Martin Poirier.
- 4) **Déterminez ce qui fonctionne pour votre entreprise et pour le BSF**: Et conservez tous les dossiers papier que vous jugerez nécessaires pour dormir sur vos deux oreilles. M. Poirier suggère de garder les documents de libération, les bilans statutaires, les certificats de nomination, les preuves de réclamation et les déclarations de revenu.
- 5) **Ou encore, conservez une copie papier de tous les documents, si cela vous rassure**: Au fil du temps, vous en viendrez probablement à faire confiance à votre système électronique et à mieux connaître les attentes du BSF et les exigences de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité.
- 6) **Conservez tous vos dossiers électroniques**: L'archivage électronique coûte si peu cher; vous pouvez vous permettre de conserver vos dossiers électroniques ad vitam æternam. Martin Poirier et d'autres personnes ont vu des clients les contacter plus de dix ans après la libération du syndic. « Pourquoi est-ce que j'éliminerais des dossiers, si je peux les conserver pour les clients; après tout, c'est seulement de l'espace sur un disque » - Martin Poirier.
- 7) **Vous ne pourrez plus vous passer de la fonction de recherche**: Tapez un nom, un numéro ou tout autre indice et le système trouvera pour vous le dossier manquant. « Vous serez impressionné par les performances et la rapidité du système », signale Collin Legall. « Oubliez vos vieilles frustrations. »
- 8) **Ne vous attendez pas à des miracles!**: « Vous devez choisir et mettre en œuvre les systèmes de gestion et les processus adéquats. La technologie ne peut pas le faire pour vous » - Martin Poirier.
- 9) **Faites appel aux spécialistes**: Consultez vos experts maison ou ceux des fournisseurs pour trouver et mettre en œuvre les systèmes qui répondent le mieux aux besoins de votre entreprise tels ÜBERbase, Promeric Inc. (Ascend et l'ancien système ISS) ainsi que Doc-It, qui travaille avec ÜBERbase et Ascend.
- 10) **Posez des questions**: N'hésitez pas à faire répéter ce que vous ne comprenez pas et assurez-vous de vraiment comprendre les tenants et aboutissants avant de signer toute entente.







PLATINUM Asset Services

Services

- Auctions
- Appraisals
- Financing
- Strategic Business Advisory Services
- Asset Storage and Remarketing
- Asset Audits and Tagging

About Us

Platinum specializes in appraising, selling and financing industrial manufacturing machinery and inventory. Our team comprises a group of unique individuals who provide creative and personalized asset management solutions to our clients.

www.platinumassets.com • 416.366.2326

et du niveau de confort de son personnel face à la technologie. Le nombre de dirigeants et le volume de dossiers traités annuellement doivent également être pris en compte, tout comme les plans d'avenir de l'entreprise. Un bureau dynamique et en plein essor y verra sans doute plus d'avantages qu'un syndic autonome ou un tout petit bureau qui prévoit réduire graduellement ses activités dans les prochaines années.

« Bien orchestré, le passage au bureau électronique peut favoriser l'efficacité d'une entreprise plus que toute autre technologie », indique Doug Childerhose, directeur de l'expansion commerciale chez Doc-It, à Toronto. « Il ne s'agit pas seulement de gérer des données et des documents, mais aussi d'optimiser les processus », ajoute-t-il.

En 2008-2009, le nombre de dossiers a augmenté de 25 à 40% chez Harris & Partners, un défi de taille pour le personnel en place. Pour rationaliser ses systèmes tout en maintenant une vitesse de croisière raisonnable, Jay Harris devait soit trouver des solutions, soit accroître son effectif. Heureusement, ayant suivi de près la transition au bureau électronique du cabinet comptable avec lequel il partageait ses locaux, il estima qu'il s'agissait d'une solution plus rapide, beaucoup plus efficace, et bien au-delà de ce que peuvent offrir les télécopieurs, les messagers, le courrier ordinaire ou même le courriel.

En juin 2009, Harris est entré de plein-pied dans l'ère électronique en adoptant un logiciel visant à faciliter la transition vers des systèmes électroniques qui utilisent, gèrent et entreposent les données, dans la mesure du possible, plutôt que de conserver des masses de documents physiques. Sa plus grande économie à ce jour? Les salaires!

« Si je n'avais pas opté pour le bureau électronique, j'aurais dû engager un ou deux employés supplémentaires », explique-t-il.

Bien que le contrôle de la masse salariale constitue un avantage facile à mesurer, le passage au vert libère également les employés qui peuvent alors s'acquitter de tâches plus complexes et plus rentables que la numérisation, la photocopie, l'envoi par la poste et le classement, de même que la récupération et la livraison de dossiers sur demande.

« Nous n'utilisons pas nos ressources de façon optimale lorsque nous payons nos employés à photocopier des documents, les numériser ou les transporter d'un endroit à l'autre », ajoute Martin Poirier.

Évolution ou révolution

En quelques clics, les syndicats, les professionnels agréés de l'insolvabilité et de la réorganisation et leur personnel de soutien peuvent avoir accès aux documents pertinents, peu importe où ces documents ont été créés et où se trouve le lieu de travail des employés. Dans un monde numérique, les transferts physiques entre bureaux n'ont plus leur place, puisqu'il suffit d'une connexion Internet pour avoir accès à toutes les données et à tous les formulaires, que l'on se trouve dans un bureau

secondaire, au siège social d'un client, ou même dans un hôtel de villégiature.

Outre son effet positif sur les ressources humaines d'un bureau, le passage au numérique permet également de réduire l'utilisation du papier, les frais postaux et les coûts d'entretien du matériel. La technologie minimise aussi le risque de perdre un dossier ou de le voir détruit par un incendie, une inondation ou une autre catastrophe.

« Personne n'est parfait, mais si vous avez des sauvegardes efficaces et une sécurité adéquate, vous trouverez toujours vos dossiers », affirme M. Harris.

Si vous êtes préoccupé par le contexte économique, la viabilité future de votre entreprise, le volume de travail prévu et la maîtrise des coûts, il est sans doute temps de songer sérieusement au bureau électronique.

Au bout du compte, il s'agit de votre entreprise et c'est vous qui décidez si votre transition vers le bureau électronique sera une évolution ou une révolution! **RS**

Greater resources. Greater access. Greater options for our clients.

The number of recovery and reorganization professionals at Grant Thornton and Raymond Chabot Grant Thornton has increased substantially over the past year. Naturally, we're delighted. But we're also happy to report that these outstanding practitioners can be found in cities from Vancouver to Halifax. Our clients can draw upon the services of our restructuring advisers across the nation, regardless of where their business is located. We're very proud the number of professionals at Grant Thornton has risen so dramatically. But mostly we're pleased—for our clients.

Vancouver T +1 604 687 2711	Thunder Bay T +1 807 345 6571	Halifax T +1 902 421 1734	Montreal T +1 514 878 2691
Calgary T +1 403 260 2500	Toronto T +1 416 366 0100	Charlottetown T +1 902 892 6547	Quebec City T +1 418 647 3151
Edmonton T +1 780 422 7114	Saint John T +1 506 634 2900		



www.GrantThornton.ca

www.raymondchabot.com

Audit • Tax • Advisory

Grant Thornton Limited and Raymond Chabot Inc. are wholly owned subsidiaries of Grant Thornton LLP and Raymond Chabot Grant Thornton LLP respectively. Grant Thornton LLP and Raymond Chabot Grant Thornton LLP are independently owned but collectively are the Canadian members of Grant Thornton International Ltd.



By Robert A. Millar of Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver, B.C.

Abakhan & Associates Inc. v. Braydon Investments Ltd.

The Fraudulent Conveyance: How bad must one be?

The requisite degree of culpability or improper intention on the part of a party effecting a fraudulent conveyance was considered by the Supreme Court of B.C. (Nov. 14, 2008) and the B.C. Court of Appeal (Nov. 24, 2009) in their judgments in *Abakhan v. Braydon* (leave to appeal to the S.C.C. refused). The Abakhan decision raised considerable notoriety amongst taxation practitioners by reason of the fact that the transaction that was successfully attacked as a fraudulent conveyance (the “Transaction”) was effected through a complex S. 85 rollover under the *Income Tax Act* undertaken with the benefit of legal advice. The value of the assets ordered to be returned exceeded \$23,000,000.00.

I vividly recall the day that my partner asked me to assume prosecution of the claim. I was handed a solicitor’s letter written by Braydon’s counsel that stated, in part, in respect of the Transaction:

“The purpose of this letter is to outline a plan of reorganization to achieve the following objectives:

1. Move the real property and other property of BHL to a new company (“Newco”) to ensure that BHL’s real property and other assets are not exposed to its new leasing venture.”

This struck me as not quite right. Indeed, what followed was a vigorously fought claim on behalf of the Trustee in Bankruptcy of Botham Holdings Ltd. (“BHL”) that resulted in the Transac-

tion being set aside as a fraudulent conveyance. The Trustee obtained an Order causing Braydon Investments Ltd. (“Braydon”), the transferee of the assets of BHL in the Transaction, to reconvey to BHL’s Estate in bankruptcy, land and personal property that had a fair market value of \$23.4 million as at the date of transfer to Braydon.

The Business. Prior to the Transaction, BHL was a family holding company that possessed substantial real estate and investment assets. BHL had recently sold a valuable property in downtown Vancouver that caused it to pay substantial tax on the capital gains. The principal of BHL was introduced to an investment opportunity to form a corporate partnership to operate a motor vehicle leasing and sales dealership. The partnership was to assume an existing lease portfolio consisting of more than 1,000 automobiles and in excess of \$50,000,000 in cash flows that were securitized to financial institutions.

This leasing business was the subject matter of considerable risk based on prior portfolio performance and reputational risk in respect of one of the corporate partners. The business, however, held out the attraction to use Capital Cost Allowance in relation to “leasing property” to create losses that then could be carried back and applied against prior years’ income. Provided that BHL was a general partner of the partnership that conducted the leasing business, it would be in a position to recover a substantial refund of capital gains taxes paid on the prior disposition of real estate. The fact that BHL was a general partner, however, would therefore expose all of its real estate and other assets to the claims

of creditors of the leasing business. That was not an acceptable risk; therefore, it was determined that the assets of BHL should be transferred away so that they would not be exposed to claims of creditors of the partnership.

The corporate partnership operated under the name of JW Auto and commenced business on September 1, 2005. The necessity to quickly assume operating the lease portfolio in JW Auto did not permit BHL to convey its assets before the partnership’s operations commenced, however. The transfer of the assets was carried out on October 31, 2005, through the use of the Rollover.

The Rollover. The cost base of BHL’s assets was low, so in order to avoid capital gains, a tax free rollover under S. 85 of the *Income Tax Act* was devised whereby Braydon was incorporated to become the new receptacle of BHL’s assets. The Rollover transaction was complex consisting of some 93 transactional documents; however, the effect of it was to strip out the asset component of BHL’s financial statement to have it re-emerge on Braydon’s financial statement. Naturally, Braydon’s liabilities were negligible and its assets not in any way exposed to the leasing business. The ownership of BHL and Braydon was essentially identical.

JW Auto. The business of JW Auto proved to be anything but profitable. Within nine months, JW Auto suffered operating losses of \$5,127,000.00 and in May 2007, JW Auto and the corporate partners, including BHL, were adjudicated bankrupts. The bankrupts had in excess of \$20,000,000.00 in creditor claims, primarily arising from obligations to the securitizers of the lease portfolio.

The Supreme Court Action. The disposition of BHL's assets was not immediately apparent in the administration of the estate of BHL. In due course, however, the Trustee was able to determine the circumstances associated with the transfers and asserted that the effect of the Rollover constituted a transfer to Braydon of substantial assets contrary to the B.C. *Fraudulent Conveyance Act* (the "Act"). An action then ensued.

In the course of examinations for discovery, the common director of BHL and Braydon testified that the risks of the JW Auto operations were a "motivating factor" causing BHL to transfer away all of its assets, and that he understood that the purpose and effect of the Transaction was designed to ensure that creditors of JW Auto and BHL would not have recourse to the assets that had been owned by BHL. Evidence at trial demonstrated that JW Auto was perceived to be risky and known as such to the director from the outset.

The trial was brought under the summa-

ry trial rule in B.C. based upon affidavit evidence. The trial court found that the transaction was a fraudulent conveyance, the key issue on the trial being the nature and degree of fraudulent intent on the part of the transferor. Braydon argued that the director of BHL had no "dishonest intent", that the limitation of recourse to assets in the business startup was a legitimate asset protection device and that the operating mind never intended to affect creditors of the leasing business, as none were known to exist at the time of start up of JW Auto.

The trial court found that the solicitor's letter, the statements of the director on discovery and his own affidavit evidence provided direct evidence of improper intent, and that no inferences as to intent need be drawn having regard to the "badges of fraud" one normally might see in an improper transaction. Although the trial court found that the director had an "honest intent" in the Transaction, the court held "A transaction which is the result of an honest intent to defeat

one's creditors is precisely one of the situations caught by" the *Act*.

The fact that the leasing business could have been operated through a freshly minted corporation with complete immunity to BHL did not equate to a process whereby the assets of BHL were stripped out such that it was the equivalent to a shell when JW Auto started up. The Transaction could have been done that way, but it wasn't — it was carried out as a fraudulent conveyance. The reason for the structure adopted being, of course, the lure of recovering substantial taxes paid in years past in a completely unrelated transaction that had attracted substantial capital gains tax.

The Court of Appeal. The trial judgment was appealed to the BC Court of Appeal, which dismissed the appeal. On appeal, the issue as to fraudulent intent was centre stage. The position taken by Braydon was that the *Act* required a quasi criminal intention or higher degree of *mala fides* on the part of the transferor and therefore, by reason that the trial

KPMG
cutting through complexity

Clear advice for a complicated world

kpmg.ca/advisory

© 2012 KPMG LLP, a Canadian limited liability partnership and a member firm of the KPMG network of independent member firms affiliated with KPMG International Cooperative ("KPMG International"), a Swiss entity. All rights reserved.

judge found that there existed an “honest intention” on the part of the director of BHL, no liability could be imposed so as to reverse the conveyance of assets. Braydon stated that because the *Act* was born of an earlier version of a statute that imposed both criminal and civil liability, and that the words of the *Act* required an act that disturbed a creditor’s rights by “collusion, guile, malice or fraud”, an honestly intended transferor could not be caught by the *Act*.

The Court of Appeal extensively reviewed national and B.C. case law as to the requisite intent and ruled that, by reason of the modern purpose and intent of the *Act*, it could not be said that a higher degree of subjective misconduct was required to prove a conveyance as fraudulent. The words “collusion, guile, malice and fraud” as set out within the *Act* were entirely unnecessary, added nothing and were to be “struck” from the *Act* in the court interpreting the *Act* and in applying it to any particular situation before it.

The Court of Appeal found that the

only intent that was necessary was an intent to “put one’s assets out of the reach of one’s creditors”. Of course, it did not matter whether the creditors existed at the time of the transfer or not, as the Court affirmed earlier authority that “future creditors” were those that were protected by the *Act*, whether they were known or foreseeable at the time of the transfer. The Court reviewed the evidence that lead the trial judge to find that the director had the requisite intent “to put the assets out of the reach of creditors”, and found that the trial judge had sufficient evidence before him to draw the conclusion that BHL had the necessary intent to satisfy the requirements of the *Act*.

Leave to Appeal to the Supreme Court of Canada was refused, and subsequently the Trustee brought into the administration of the Estate most of the assets that were transferred away in the Transaction.

As a consequence of the Court of Appeal judgment, the legislature of the Province of B.C. is in the process of passing a bill to amend the *Act* so as

to remove the words “collusion, guile, malice and fraud”, as they have been ruled unnecessary.

How “bad” must one be to be liable for a fraudulent conveyance? As it turns out, it would appear one does not have to be very bad at all. The legal test now is framed in such a way that if you have an intention to place your assets out of the reach of creditors, any transfer may well be subject to review under the *Act*. One need not have a criminal or quasi criminal intent or a substantial degree of *mala fides* or fraud lurking in one’s mind. Indeed, one could “honestly intend” to defeat one’s creditors and be found liable, although it is a perplexing notion to think you could honestly intend to defeat creditors.

Both courts were careful not to affect the legitimate use of a new corporation as a protective device from financial liability for a person embarking upon a new and risky venture. While Braydon’s arguments in both courts included the suggestion that, in upholding liability against Bradyon, there would be a substantial attack on the principles of separate corporate personality, such arguments were still rejected by both courts. Each court held that the director could have incorporated a new corporate entity to participate in JW Auto to insulate the assets of BHL, but the director of BHL did not do that.

Within the lexicon of accounting and legal advisors on such matters, we sometimes express terms such as “asset protection” or “creditor proofing” in explaining devices that might be used to preserve a client’s wealth. An advisor’s communication to his client may well form the basis for the finding of the intent of the client and the determination that a transaction is improper. Obviously, in light of this case, care must be taken and the expression of concepts such as “asset protection” or “creditor proofing” or the like should likely not form the part of an advisor’s communication, as it remains unclear what is necessary to prove that the client “intended to put its assets out of the reach of creditors”. **RS**



Joiner
SALES CORP

www.joinersales.com

INDUSTRIAL AUCTIONEERS & EQUIPMENT APPRAISERS SINCE 1976

TAILOR MADE PROPOSALS
INCORPORATING:

- NET MINIMUM GUARANTEE
- OUTRIGHT CASH PURCHASE
- STRAIGHT COMMISSION

**SERVING INDUSTRY FOR
OVER 35 YEARS!**



PROVIDING VALUATION
KNOWLEDGE YOU CAN
TRUST!

OUR APPRAISALS...

- Performed accurately
- USPAP compliance
- Quick turnaround



PH. HOTLINE: 604-308-8040 • EMAIL: INFO@JOINERSALES.COM



Par Robert A. Millar, Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver, C.-B.

Le degré requis de culpabilité ou d'intention malhonnête de la part d'une partie face à un transfert frauduleux de biens a été analysé par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le 14 novembre 2008, de même que par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le 24 novembre 2009, dans les jugements rendus dans la cause *Abakhan v. Braydon*. Le pourvoi en appel devant la Cour suprême du Canada a été refusé. La décision est très connue des fiscalistes, pour la bonne raison que la transaction contestée en justice avec succès, en tant que transfert frauduleux de biens (ci-après la « transaction »), avait été effectuée par le truchement d'un transfert complexe en franchise d'impôt, en vertu de l'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, avec l'aval d'un avis juridique. La valeur des actifs à restituer dépassait 23 millions de dollars.

Je me souviens fort bien du jour où mon associé m'a demandé de prendre en charge ce dossier. On m'avait remis une lettre écrite par l'avocat de Braydon, qui indiquait ce qui suit concernant la transaction :

« La présente a pour objet la préparation d'un plan de restructuration en vue d'atteindre les objectifs suivants :

1. Transférer les immeubles et les autres propriétés de BHL à une nouvelle société (ci-après « Newco ») pour que les immeubles et les autres actifs de BHL soient à l'abri de sa nouvelle entreprise de crédit-bail. » [Traduction]

Abakhan & Associates Inc. v. Braydon Investments Ltd.

Le transfert frauduleux de biens : quel doit être le degré de « mauvaise intention »?

Selon moi, quelque chose accrochait. En fait, ce qui a suivi a été une réclamation ardemment défendue au nom du syndic de faillite de Botham Holdings Ltd. (« BHL »), qui a entraîné l'annulation de la transaction qualifiée de transfert frauduleux de biens. Le syndic a obtenu une ordonnance du tribunal obligeant Braydon Investments Ltd. (ci-après « Braydon »), cessionnaire des biens de BHL, à rétrocéder à l'actif de la faillite de BHL le terrain et les biens personnels dont la juste valeur marchande était de 23,4 millions de dollars à la date de la cession à Braydon.

L'entreprise. Avant la transaction, BHL était une société de gestion familiale à la tête d'un important portefeuille d'immeubles et de placements. BHL venait de vendre une propriété de valeur au centre-ville de Vancouver, ce qui avait obligé la société à payer un montant important en impôt, sur le gain de capital. On venait d'offrir au directeur de BHL une possibilité d'investissement dans un partenariat qui exploiterait un commerce de vente et de location d'automobiles. Ce partenariat reprendrait un portefeuille de crédit bail de plus de 1 000 automobiles et un flux net de trésorerie de plus de 50 millions de dollars garantis par des institutions financières.

En raison de la réputation et du rendement antérieur du portefeuille de l'un des associés, cette entreprise de crédit bail était très hasardeuse. Toutefois, l'affaire était attrayante car elle offrait la possibilité d'utiliser la déduction pour amortissement, en relation avec les biens donnés en « location bail », pour créer des pertes qui pourraient être réparties et déduites sur le revenu des exercices précédents. En autant que BHL soit

associée commanditée du partenariat qui dirigerait l'entreprise de crédit bail, la société serait en mesure de récupérer une grande partie des impôts payés sur le gain de capital, réalisé au moment de la cession de sa propriété. Cependant, le statut d'associé commandité de BHL risquait d'exposer tous ses biens immobiliers et ses autres actifs aux revendications des créanciers de l'entreprise de crédit bail. Le risque n'était pas acceptable et, par conséquent, la décision fut prise de transférer les actifs de BHL de façon à les soustraire aux réclamations des créanciers du partenariat.

Le nouveau partenariat se lança en affaires le 1er septembre 2005, sous la raison sociale JW Auto, mais la nécessité de reprendre rapidement l'exploitation du portefeuille de crédit bail de JW Auto ne permit pas à BHL de transférer ses actifs avant le début des activités du partenariat. La cession des actifs n'eut lieu que le 31 octobre 2005, et l'on procéda à un transfert en franchise d'impôt.

Le transfert en franchise d'impôt

Le prix de base des actifs de BHL était faible. Par conséquent, pour éviter les gains de capitaux, on procéda à un transfert en franchise d'impôt en vertu de l'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et Braydon fut constitué en personne morale pour devenir le nouveau propriétaire des actifs de BHL. Le transfert en franchise d'impôt fut complexe et consistait à 93 documents de transaction, mais il a eu pour effet de faire disparaître les actifs des états financiers de BHL pour les faire réapparaître dans les états financiers de Braydon. Naturellement, le passif de Braydon était négligeable et ses actifs ne risquaient plus rien dans l'entreprise de crédit bail. La structure de

la propriété de BHL et de Braydon était essentiellement identique.

JW Auto

L'activité de JW Auto se révéla un désastre. En l'espace de neuf mois, l'entreprise affichait des pertes d'exploitation de 5 127 000 \$ et, en 2007, JW Auto et les associés, dont BHL, déclaraient faillite. Les créances des faillis totalisaient plus de 20 millions de dollars et découlaient principalement des obligations des institutions qui s'étaient portées garantes du portefeuille de crédit bail.

L'action de la Cour suprême

L'aliénation des actifs de BHL n'a pas sauté immédiatement aux yeux des administrateurs de la faillite. Cependant, à un certain moment, le syndic a été en mesure de déterminer les circonstances associées aux cessions et il a fait valoir que le transfert en franchise d'impôt constituait une cession importante des actifs à Braydon qui allait à l'encontre de la *Fraudulent Conveyance Act* de la Colombie-Britannique (ci-après la « Loi »). Une action en justice a été intentée.

Au cours de l'enquête, l'administrateur commun de BHL et de Brandon a

témoigné que les risques inhérents aux activités de JW Auto avaient été le « facteur qui avait poussé » BHL à céder tous ses actifs et qu'il savait que l'objet et l'effet de la transaction étaient de faire en sorte que les créanciers de JW Auto et de BHL n'aient aucun recours contre les actifs qui avaient appartenu à BHL. Les preuves au procès ont démontré que d'emblée, la société JW Auto était considérée comme risquée et que l'administrateur le savait dès le départ.

En raison de la preuve par affidavit, le procès pouvait être un procès sommaire en Colombie Britannique. La Cour de première instance a estimé que la transaction était un transfert frauduleux de biens, le grand enjeu du procès étant de déterminer la nature et le degré de l'intention frauduleuse du cédant. Braydon a fait valoir que l'administrateur de BHL n'avait pas d'« intention malhonnête », que la limitation des recours sur les biens dans le démarrage d'une entreprise était un dispositif de protection légitime des actifs et qu'il ne pouvait pas en toute conscience avoir eu l'intention de frustrer les créanciers de

l'entreprise de crédit bail puisqu'aucun d'entre eux n'était connu à l'époque du lancement de JW Auto.

La Cour de première instance a estimé que la lettre de l'avocat, les témoignages de l'administrateur au moment de l'enquête et son propre témoignage par affidavit constituaient une preuve directe de l'intention malhonnête et que, compte tenu des signes distinctifs de fraude, il n'était pas nécessaire d'explorer davantage l'intention qu'on ne le ferait normalement dans un cas de transaction malhonnête. Même si le tribunal de première instance a estimé que l'administrateur avait des « intentions honnêtes » dans la transaction, il a affirmé également qu'« une transaction qui est le fruit d'une intention honnête de porter atteinte aux créanciers est précisément une des situations réprimées par la Loi ».

Le fait que l'entreprise de location-bail pouvait être exploitée par l'intermédiaire d'une société nouvellement créée entraînant une immunité complète pour BHL n'équivalait pas à un processus permettant de subtiliser les actifs de BHL de

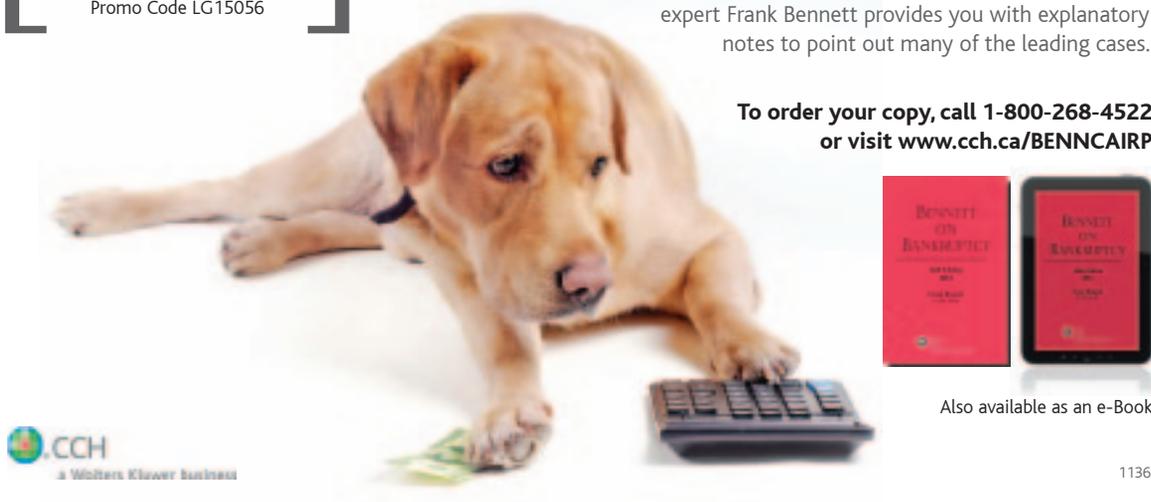
Take the confusion out of bankruptcy law.

**SPECIAL OFFER
FOR CAIRP MEMBERS**
SAVE \$20 One Time Order
Promo Code LG15055
SAVE \$25 New Standing Orders
Promo Code LG15056

Whether you are a lawyer, trustee, accountant, creditor or debtor, lender or director, you can benefit from ***Bennett on Bankruptcy, 14th Edition.***

In an easy-to-read portable format, you will quickly find the answers you need. Leading insolvency expert Frank Bennett provides you with explanatory notes to point out many of the leading cases.

To order your copy, call 1-800-268-4522
or visit www.cch.ca/BENNAIRP



Also available as an e-Book

sorte qu'il ne reste plus qu'une coquille vide lorsque JW Auto a vu le jour. La transaction aurait pu être réalisée de cette façon, mais cela n'a pas été le cas – il s'agissait bel et bien d'un transfert frauduleux de biens. Le motif de la structure adoptée étant naturellement l'appât du gain, puisqu'il s'agissait de recouvrer des impôts importants payés au cours des années précédentes dans le cadre d'une transaction complètement indépendante qui avait permis de réaliser d'importants gains de capitaux.

La Cour d'appel

Le jugement de la Cour de première instance a été porté en appel auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a rejeté l'appel. La question de l'intention frauduleuse est demeurée au cœur du débat. Selon la position adoptée par Braydon, la *Loi* exigeait qu'il y ait quasiment intention criminelle ou un plus haut degré de « mauvaise foi » de la part du cédant et, comme le juge de première instance avait estimé qu'il y avait au départ une « intention honnête » de la part de l'administrateur de BHL, il était impossible de faire valoir une responsabilité donnant lieu à l'annulation de la cession des biens. En outre, Braydon a fait valoir que la *Loi* était issue d'une ancienne version qui imposait à la fois la responsabilité criminelle et la responsabilité civile, et que le libellé de la *Loi* exigeait qu'une action ayant porté atteinte aux droits d'un créancier ait été posée par « collusion, fourberie, malice ou fraude » et qu'en conséquence, un cédant dont les intentions étaient honnêtes ne pouvait être poursuivi en vertu de la *Loi*.

La Cour d'appel a examiné de manière approfondie la jurisprudence de la Colombie-Britannique pour vérifier l'intention requise et elle a statué que, en vertu de l'objet et de l'intention modernes de la *Loi*, on ne pouvait affirmer qu'un plus haut degré de mauvaise conduite subjective était requis pour prouver que le transfert de biens était frauduleux. Les termes de « collusion, fourberie, malice et fraude » indiqués dans la *Loi* étaient tout à fait superflus, n'ajoutaient rien et pouvaient être « biffés » de la *Loi* par le tribunal

qui l'interprétait et l'appliquait à toute situation particulière dont il était saisi. La Cour d'appel a estimé que la seule intention qui était nécessaire était l'intention de « mettre les actifs hors de la portée des créanciers ». Naturellement, la question de savoir si les créanciers existaient avant la cession n'avait aucune importance puisque la Cour a affirmé sur la foi de la doctrine que les « futurs créanciers » étaient expressément ceux qui étaient protégés par la *Loi*, qu'ils

aient été connus ou, prévisibles ou non, au moment de la cession. Le tribunal a examiné les preuves qui ont conduit le juge de première instance à estimer que l'administrateur avait bien l'intention requise « de soustraire les biens de la portée des créanciers » et estimé que le juge de première instance avait devant lui suffisamment de preuves pour parvenir à la conclusion que BHL avait l'intention requise pour satisfaire aux exigences de la *Loi*.







People First.

People are the driving force behind MNP and the reason why we are one of the largest chartered accountancy and business advisory firms in Canada.

As we continue to grow and expand, we are continuously seeking talented insolvency professionals to join our team across Canada. If you are a Trustee in Bankruptcy, a participant in the CQP or have a practice and are looking to join a national insolvency firm, we are interested in meeting you.

MNP delivers quality client services and supports each team member in reaching their full potential. We offer benefits and rewards you won't find anywhere else, including potential partnership opportunities. Since 2009, MNP has been recognized as one of the 50 Best Employers in Canada by *Report on Business* magazine.

To find out more about what MNP has to offer, contact Grant Bazian, Director of Insolvency Services at 1.866.465.1155 or grant.bazian@mnp.ca.

Insolvency & Restructuring Professionals

1.866.465.1155 mnpdebt.ca



mnpdebt.ca

Le pourvoi en appel devant la Cour suprême du Canada a été refusé et le syndic a repris possession, au profit des créanciers, de la plupart des biens qui avaient été cédés au cours de la transaction.

Par suite de la décision de la Cour d'appel, l'Assemblée législative de la province de la Colombie-Britannique a élaboré un projet de loi en vue de modifier la *Loi* et de supprimer les termes « collusion, fourberie, malice et fraude », puisqu'ils ont été jugés superflus.

Quel doit être le degré de « mauvaise intention » pour qu'une cession puisse être considérée comme un transfert frauduleux de biens?

De la façon dont les choses se présentent, le degré requis ne semble pas très élevé. Le critère juridique est désormais structuré de telle sorte que si vous avez l'intention de soustraire vos actifs hors de la portée des créanciers, toute cession pourrait bien faire l'objet d'un examen en vertu de la loi. Il n'est pas nécessaire d'avoir une intention criminelle ou quasi

criminelle, voire un degré important de *mala fides* ou la moindre arrière pensée de fraude à l'esprit. En fait, vous pourriez avoir « honnêtement l'intention » de porter préjudice à vos créanciers et être trouvé coupable de transfert frauduleux de biens, même si l'idée que l'on puisse avoir honnêtement l'intention de porter préjudice aux créanciers est troublante en soi.

Les deux tribunaux ont eu à cœur de ne pas porter atteinte à l'utilisation légitime d'une nouvelle société en tant que dispositif de protection contre la responsabilité financière dans le cas d'une personne qui s'engage dans une nouvelle entreprise à risque. Même si les arguments de Braydon devant les tribunaux incluaient l'idée que, en retenant la responsabilité contre Braydon, la Cour porterait atteinte considérablement aux principes de la personne morale distincte, ces arguments ont été rejetés par les deux tribunaux. Chaque tribunal a affirmé que l'administrateur aurait pu constituer une nouvelle personne morale pour participer à la société JW Auto afin de protéger les actifs de BHL, mais que ce n'était pas ce qu'avait fait l'administrateur de BHL.

Dans le vocabulaire des comptables et des conseillers juridiques, lorsque nous parlons de ce genre de questions, nous employons parfois des expressions comme « protection des actifs » ou « mettre à l'abri des créanciers » en expliquant les dispositifs auxquels on peut avoir recours pour préserver la richesse d'un client. La communication d'un conseil à son client pourrait bien constituer la base d'une preuve d'intention du client et d'un jugement ultérieur déclarant la transaction irrecevable. Manifestement, à la lumière de cette affaire, il y a lieu d'être prudent et des expressions comme « protection des actifs » ou « mettre à l'abri des créanciers » ou autre sont à bannir de la langue de communication d'un conseiller juridique ou d'un comptable, puisqu'il n'est pas clair qu'il soit nécessaire de prouver que le client « avait l'intention de mettre ses actifs hors de la portée des créanciers ». **RS**

Straight talking, lateral thinking.

Recognized as leading practitioners by Chambers Global and the Canadian Legal Lexpert Directory, our National Insolvency and Restructuring Group has represented major stakeholders in some of Canada's most complex insolvency and debt restructurings. We bring an expert approach to working with you and your clients so that practical and cost-effective solutions are delivered every time.

For more details about our qualifications and experience, please contact:

E. Peter Auvinen
Toronto
416.595.8162

Rick T.G. Reeson, Q.C.
Edmonton
780.429.9719

Maurice Fleming
Toronto
416.595.8686

Stephen R. Ross
Vancouver
604.643.1205

Tony Van Klink
London
519.931.3509

Robert Tessier
Montréal
514.871.5474

Added experience. Added clarity. Added value.

Miller Thomson LLP
millerthomson.com

**Miller
Thomson**
lawyers | avocats

VANCOUVER CALGARY EDMONTON SASKATOON REGINA LONDON
KITCHENER-WATERLOO GUELPH TORONTO MARKHAM MONTRÉAL

Three Successful Insolvency Practitioners Recently Appointed to the Bench: Louis J. Gouin, Mark Schrager and Shelley Fitzpatrick



Justice Gouin, Justice Schrager and Madam Justice Fitzpatrick

Growing up as the third child out of 10, not surprisingly, **Justice Louis J. Gouin** played the role of mediator early in his life. In a way, it was a trial run for his current career as a judge of the Quebec Superior Court. Appointed to the bench in February 2011, the nomination didn't surprise his siblings because of his mediation and tactful communication skills. "We always thought you would be on the bench," they told him when they learned of the appointment.

"Being a judge, you need different qualities," says Gouin, noting they have to be part psychologist and part mediator. "It's not only writing judgments," he says. "You have to deal with people crying and people screaming." As a result, the ability to behave objectively in the face of such conflict is another important trait to have.

Above all other skills and qualifications, professional excellence is the most important factor in becoming a judge. "I think excellence in the practice is key," says **Madam Justice Shelley Fitzpatrick** of the Supreme Court of British Columbia. "If you are an excellent practitioner and don't have

the respect of your peers and the bench, then I think it's a bit of a non-starter."

Ongoing professional development and involvement with industry organizations is also a must, although Fitzpatrick says doing those things should be a given anyway. "I think people have to contribute to the profession, not only in terms of cranking out billable hours, but doing what they can in terms of giving back, continuing legal education and speaking at seminars," she says.

Being a judge also requires total commitment and devotion to the job. Gouin's experience has been that most judges work at least six days a week, while he has been busy working seven. Therefore, judges must be in good physical and mental shape and always be at their sharpest. They must treat every case like athletes treat the most important game of their lives. "You have to be at your maximum every time," says Gouin.

This is something that isn't lost on **Justice Mark Schrager**. "When you're a lawyer, let's just say, your mind can wander. But as a judge, you're never allowed to let that happen," says the Quebec Superior

Court judge. He was appointed to the bench alongside Gouin.

Before becoming judges, Gouin, Fitzpatrick and Schrager practised law for a total of just under 100 years. Besides extensive experience and a sincere passion for what they do, the three had similar motivations for becoming judges.

Gouin served as a lawyer and partner with the Montreal firm, Ogilvy Renault, beginning his legal career there in 1975. He remained with Ogilvy Renault until his appointment to the bench. (When Gouin joined the firm, it was called Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery & Renault.) His areas of expertise were corporate reorganizations, bankruptcy, insolvency, bank law and litigation. After 36 years of practising law, Gouin felt the need to try something different. "I was looking for a second career," he says.

This is also what attracted Fitzpatrick to the bench. "At a certain point in your life, you want a change," she says. Prior to being nominated to the bench in April 2010, Fitzpatrick was a partner with Davis LLP in Vancouver, an associate and partner with Campney &

Murphy from 1986 to 2000 (becoming a partner in 1991), and an associate with the Winnipeg-based Fillmore & Riley from 1982 to 1985. After 28 years of practising law where she specialized in insolvency and commercial litigation, Fitzpatrick wanted to continue working in the legal profession and had a desire to do community service as well. Being a judge met both

criteria. “It’s incredibly challenging and at the same time, it’s an incredible human experience,” says Fitzpatrick. “It gives you an opportunity to give something back.”

This is especially true in custody matters, where the impact of a judge’s decision can have a profound impact on families’ lives. “You are deciding

things that are very fundamental to litigants’ lives,” says Schragger.

Prior to Schragger’s appointment in February 2011, he was a partner with Davies Ward Phillips & Vineberg LLP in the firm’s Financial Restructuring & Insolvency and Litigation practice groups in Montreal. Before that, he was a lawyer and partner with Goldstein, Flanz & Fishman from 1980 to 2004, where he became a partner in 1985.

As judges, life hasn’t profoundly changed for the three, but it has changed their social lives somewhat. “You have to watch whom you mix with and whom you’re seen with,” says Schragger. Judges must also be more cautious about what they say in public settings. And depending on whom you talk to, working as a judge may or may not be more isolating than life as a lawyer. Guoin says Ogilvy Renault had a family-like environment, where the people were very friendly and the doors were always open. “It’s exactly the same here,” he says of the Quebec Superior Court. “I don’t feel isolated at all.” While Fitzpatrick says all of her fellow judges are helpful, there is something missing in the social fabric of the environment. “I did miss certain things in the first while,” she says. “I missed the immediate camaraderie of going to the office and dealing with your secretary, your associates and the other partners who are all buzzing around doing various things,” she says.

Where insolvency is often collaborative because it requires utilizing expertise and resources from different parts of a firm, the same can’t be said for judges, who are largely on their own. While they do have some administrative help, judges are ultimately the ones who hear and decide a case. “At the end of the day, you write the judgment and you are responsible for what’s on that piece of paper,” says Schragger.

With the move to the other side of the courtroom, there have been some perception changes amongst the judges. “I appreciate the work they (judges)

It's no secret that when it comes to financial restructuring you need the right people in your corner. Our partners and associates have the experience, expertise and commitment to implement creative recovery strategies that make business renewal possible.

IT ALL STARTS WITH BUILDING A GREAT RELATIONSHIP.

By using a combination of business management, analytical, insolvency, and forensic skills with hands-on industry experience, we can ensure that you receive the consistent, personalized service you deserve.

BDO. MORE THAN YOU THINK.

Assurance | Accounting | Tax | Advisory
www.bdo.ca

BDO Canada Limited is an affiliate of BDO Canada LLP. BDO Canada LLP, a Canadian limited liability partnership, is a member of BDO International Limited, a UK company limited by guarantee, and forms part of the international BDO network of independent member firms. BDO is the brand name for the BDO network and for each of the BDO Member Firms.

BDO

do a lot more,” says Schragger. “I realize how hard they work because I was probably like the average lawyer who thought they didn’t work very hard at all.” Fitzpatrick says her perception of judges hasn’t changed, noting her view of them as a hard-working group of people has only been strengthened.

Looking at the insolvency process, Schragger says his perceptions have changed somewhat. “When you’re a lawyer, you’ve got to promote and defend the interests of your client,” he says. “That’s what you come to court to do and as a judge, you’ve got to balance the interests of all those parties represented by lawyers who are promoting and defending the interests of the client. Particularly in insolvency, you’re often looking out for the interests of parties who aren’t represented in the hearing before you, like the massive ordinary creditors. The perspective is very, very different.”

As former insolvency practitioners, all three judges have suggestions for how lawyers can do a better job in the courtroom. For Schragger and Fitzpatrick, it comes down to preparation. “Be prepared, be organized and come to the point as briefly as possible,” says Schragger.

“There’s nothing worse than dealing with a matter where counsel are unorganized and they don’t have documentation they should have,” says Fitzpatrick. “It puts the judge in a very difficult position.” By being prepared, it will help the judges better understand the facts of the case and the relevant statute and case laws. This will help the judges make a decision as quickly as possible.

As part of this preparation, Gouin recommends lawyers use only their strongest arguments. “We have lawyers coming in and raising each and every argument,” he says. “It’s like a buffet of legal arguments — they put everything on the table.” He says that approach weakens their case by diluting their arguments.

For the short time they have been judges, the infectious enthusiasm

present in the voices of Gouin, Schragger and Fitzpatrick is just one sign of the love they have for their newfound careers. For Gouin, the experience can be summed up by a single case. A teenage girl who was living with her mother had a misunderstanding with her mother, so she moved in with her father. This led to a custody battle between the parents. One day in

court, Gouin asked the two parents to leave the courtroom so that he could speak with the girl to find out what she wanted. Gouin decided that custody be split 50/50 between the two parents. When he delivered his judgment, the girl smiled. That evening when Gouin went home, he said something to his wife: “I think I achieved something very fantastic today.” **RS**

Group insurance made easy

North City General Insurance Brokers has created a Group Home and Auto Insurance program for CAIRP members, partners and their employees.

Get to know us. Get a free quote and see how much our preferred group rates can save you each and every month. And enjoy the benefit of a live receptionist.



NORTH CITY
GENERAL INSURANCE BROKERS LTD.

Call 1-888-892-7176 / (416-225-6000)

or get a quote at www.northcity.ca

Outside Ontario 1-877-787-7021

2175 Sheppard Avenue East, Willowdale, Ontario M2J 1W8

CAIRP
Rebuilding Success / Rétablir le succès



Trois professionnels respectés du domaine de l'insolvabilité, récemment nommés à la magistrature : Louis J. Gouin, Mark Schrager et Shelley Fitzpatrick



L'honorable Louis J. Gouin, l'honorable Mark Schrager et l'honorable Shelley Fitzpatrick

Lorsque l'on sait qu'il est le troisième d'une famille de dix enfants, on n'est guère étonné d'apprendre que **l'honorable Louis J. Gouin**, juge à la Cour supérieure du Québec, a joué le rôle de médiateur très tôt dans sa vie. En un sens, ce n'était qu'un exercice en vue de sa carrière actuelle. Sa nomination à la magistrature, en février 2011, n'a pas étonné ses frères et sœurs qui avaient une bonne idée de ses aptitudes à la communication et à la médiation, dans les situations qui demandent du doigté. « Nous avons toujours pensé que tu serais magistrat », lui ont ils dit lorsqu'ils ont appris sa nomination.

« Pour être juge, il faut avoir différentes qualités », déclare Louis J. Gouin, en faisant observer qu'il faut être en partie psychologue et en partie médiateur. « Il ne suffit pas d'écrire des jugements. Il faut savoir interagir avec des gens qui pleurent et d'autres qui crient. » En conséquence, la capacité d'agir avec objectivité dans des situations de conflit est une qualité importante à posséder.

Mais outre les autres aptitudes et qualifications, l'excellence professionnelle est la qualité la plus importante pour devenir juge. « Je pense que l'excellence dans l'exercice de ses fonctions est essentielle », déclare **l'honorable Shelley Fitzpatrick**, juge à la Cour suprême de la Colombie Britannique. « Si vous n'êtes pas un professionnel de

haut niveau et n'avez pas le respect de vos homologues et de la magistrature en général, vous êtes en quelque sorte disqualifié dès le départ ».

Le perfectionnement professionnel continu et l'engagement auprès des organisations industrielles constituent également un atout, même si aux yeux de Mme Fitzpatrick, ces choses vont de soi. « Je pense que les gens doivent contribuer à la profession, non seulement en ne comptant pas leurs heures de travail rémunéré, mais aussi en faisant ce qu'ils peuvent pour donner en retour, en participant à l'enseignement du droit et en prenant la parole dans les colloques », déclare-t-elle.

Être juge requiert également un engagement total et un dévouement absolu à la tâche. D'après l'expérience de M. Gouin, la plupart des juges travaillent au moins six jours par semaine, même si lui personnellement a toujours travaillé sept jours sur sept. Par conséquent, les juges doivent toujours être au meilleur de leur forme, tant sur le plan physique qu'intellectuel. Ils doivent aborder tous les dossiers comme les athlètes abordent les jeux les plus importants de leur vie. « Il faut toujours être à son maximum », affirme M. Gouin.

C'est un fait qui n'a pas échappé à **l'honorable Mark Schrager**, juge à la Cour supérieure du Québec et nommé à la magistrature en même temps que

Louis J. Gouin. « En tant qu'avocat, on peut laisser son esprit vagabonder mais, lorsqu'on est juge, cela ne doit plus jamais se produire », déclare-t-il.

Avant de devenir juges, Louis J. Gouin, Mark Schrager et Shelley Fitzpatrick ont à eux trois, pratiqué le droit pendant près d'un siècle. Outre leur vaste expérience et une passion sincère pour leur profession, ils avaient tous les trois les mêmes motivations pour devenir juges.

M. Gouin a été avocat et associé au sein du cabinet Ogilvy Renault, à Montréal, où il a commencé sa carrière en 1975. Il y est resté jusqu'à son accession à la magistrature. (Lorsqu'il s'est joint à la firme, le cabinet s'appelait Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery & Renault.) Il était spécialisé dans les réorganisations d'entreprises, la faillite, l'insolvabilité, le droit bancaire et le contentieux. Après 36 ans de pratique du droit, M. Gouin a ressenti le besoin d'essayer quelque chose de différent. « J'aspirais à une seconde carrière », déclare-t-il.

C'est également ce qui a attiré Shelley Fitzpatrick vers la magistrature. « À un certain moment de notre vie, on a besoin de changement », précise-t-elle. Avant d'être nommée à la magistrature, en avril 2010, Mme Fitzpatrick était associée au bureau de Davis LLP, de Vancouver, après avoir été avocate et associée chez Campney & Murphy,

de 1986 à 2000, où elle est devenue associée en 1991. Auparavant, elle avait été avocate pour le cabinet de Winnipeg Fillmore & Riley, de 1982 à 1985.

Après 28 ans de pratique du droit, où elle était spécialisée en droit de l'insolvabilité et en contentieux commercial, Mme Fitzpatrick voulait poursuivre sa carrière dans la profession juridique, mais elle aspirait également à être utile à la communauté. La magistrature lui permet de concrétiser ce double rêve. « C'est incroyablement exigeant et, parallèlement, c'est une expérience humaine formidable. C'est un poste qui offre la possibilité de donner quelque chose en retour. »

C'est particulièrement vrai dans les causes impliquant la garde des enfants, où la décision d'un juge peut avoir de profondes répercussions sur la vie des familles. « Nous prenons des décisions sur des aspects fondamentaux dans la vie des parties en litige », ajoute M. Schrager.

Avant sa nomination à la magistrature, en février 2011, Mark Schrager était associé au sein du cabinet Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, et faisait partie de l'équipe chargée de l'insolvabilité, de la restructuration financière et du contentieux, à Montréal. Auparavant, il avait été avocat, de 1980 à 1985, puis associé jusqu'en 2004, au sein du cabinet Goldstein, Flanz & Fishman.

Devenir juge n'a pas profondément changé la vie des trois avocats, à part pour leur vie sociale qui a subi de légers changements. « Il faut surveiller nos arrières et nos fréquentations », affirme M. Schrager. « On ne peut pas être vu avec n'importe qui. » Les juges doivent aussi être plus prudents dans leurs déclarations publiques. En fonction de la personnalité de chacun, devenir juge ne signifie pas nécessairement de s'isoler davantage, si on le compare à la profession d'avocat. M. Gouin affirme qu'il y avait une 'ambiance familiale' au sein d'Ogilvy Renault, où les gens étaient très à l'aise et les portes toujours ouvertes. « C'est exactement la même chose ici à la Cour supérieure du Québec », dit-il, « je ne me sens pas du tout isolé. » La situation est toutefois différente pour Mme Fitzpatrick qui

affirme que malgré le fait que tous ses confrères juges sont toujours prêts à rendre service, il y avait des choses qui lui manquaient au départ, dans le tissu social de son nouveau milieu.

« Comme la franche camaraderie propre à la vie de bureau, le fait de parler avec sa secrétaire, les avocats et les autres associés qui s'activent autour de nous en faisant différentes choses. »

Alors que le droit de l'insolvabilité repose souvent sur la collaboration, parce qu'il requiert le recours à l'expertise et aux ressources des différents services d'un cabinet, on ne peut pas en dire autant des juges, qui font en grande partie cavalier seul. Malgré qu'ils bénéficient de l'aide d'un service administratif, les juges sont les seuls à entendre une cause et à trancher. « En bout de ligne, nous rédigeons le jugement et sommes responsables de ce qu'on a couché sur le papier », précise M. Schrager.

En passant de l'autre côté de la salle d'audience, les perceptions changent. « J'apprécie davantage le travail qu'accomplissent les juges », affirme M. Schrager qui réalise maintenant tout le travail que cela implique. « Avant, je pensais, comme beaucoup d'avocats probablement, qu'ils se la coulaient douce. » Pour sa part, Mme Fitzpatrick a plutôt une perception renforcée du travail des juges qu'elle voyait déjà comme des gens travaillant très dur.

Du point de vue de l'insolvabilité, M. Schrager affirme que sa façon de voir les choses a changé légèrement. « Lorsqu'on est avocat, on se doit de promouvoir et de défendre les intérêts de son client, » affirme-t-il. « C'est pour cette raison que l'on se présente à la Cour. Or, en tant que juge, il faut tenir compte des intérêts de toutes les parties représentées par les avocats qui promeuvent et défendent les intérêts de leur client. Et c'est encore plus particulier dans le domaine de l'insolvabilité, où il faut aussi considérer l'intérêt des parties qui ne sont pas représentées à l'audience, comme les créanciers ordinaires. La perspective est vraiment très différente. »

En leur qualité d'anciens professionnels de l'insolvabilité, les trois juges ont

des suggestions à proposer sur la façon dont les avocats peuvent faire un meilleur travail en salle d'audience. Pour les juges Schrager et Fitzpatrick, c'est dans la préparation que tout se joue. « Être préparé, organisé et en venir au fait le plus rapidement possible », nous dit M. Schrager.

« Il n'y a rien de pire que d'aborder un dossier avec en face de soi un avocat désorganisé, qui n'a pas avec lui les documents qu'il doit avoir », indique Mme Fitzpatrick. « Cela met le juge dans une position très difficile. » Une bonne préparation aide les juges à mieux comprendre les faits de l'espèce, la loi pertinente et la jurisprudence. Ils peuvent ainsi prendre une décision le plus rapidement possible.

Dans le cadre de cette préparation, Louis J. Gouin recommande aux avocats de n'employer que leurs arguments les plus convaincants. « Vous avez des avocats qui viennent à la barre et qui vous énoncent tous les arguments un à un, » précise-t-il. « C'est comme dans les buffets, ils mettent tout sur la table. » À son avis, cette approche affaiblit leur cause en diluant leur argumentation.

Gouin, Schrager et Fitzpatrick transportent dans leur voix un enthousiasme contagieux qui n'est qu'une des évidences de l'amour qu'ils portent à leur nouvelle carrière. L'expérience se résume différemment pour chacun. Pour Louis J. Gouin, elle se somme en une cause, celle d'une adolescente qui vivait avec sa mère. Ayant eu un différend avec elle, la jeune fille était déménagée avec son père, ce qui conduit à une bataille juridique entre les deux parents pour la garde de l'enfant. Un jour, en cour, le juge Gouin a demandé aux deux parents de quitter la salle d'audience afin de pouvoir parler avec l'adolescente et déterminer ce qu'elle voulait. Il a alors opté pour la garde partagée, à parts égales entre les deux parents. Lorsqu'il a prononcé son jugement, la jeune fille a souri. Ce soir-là, en rentrant chez lui, le juge Gouin a dit à sa femme : « Je pense que j'ai fait quelque chose de tout à fait fantastique aujourd'hui. » **RS**



By *Hélène Lefebvre*, Senior Partner, Norton Rose Canada LLP, Montreal, Quebec

The Castor Saga: A Decision At Last

On April 14, 2011, the Quebec Superior Court rendered a 750-page decision in the matter of *Widdrington v. Wightman et al*, known as the “Castor” case, the longest-running judicial saga in Canadian legal history. The case focused on the potential liability of third parties following the spectacular failure of a large financial organization, and provides an important context for assessing auditor liability when an insolvency proceeding occurs.

The Court found the accounting firm of Coopers & Lybrand (C&L), Castor’s auditors from the company’s inception in 1975, and one of its partners, Elliott Wightman (Wightman), to have been negligent in auditing Castor Holdings Inc. (Castor), preparing valuation letters and issuing “Legal for Life” certificates. The decision is currently under appeal.

Castor’s Rise and Fall

Castor was a privately owned investment banking and finance organization. It raised, borrowed and loaned money for real estate properties located in Canada and the United States. It operated as an unregulated financial intermediary and presented itself as a spread lender, placing deposits and loans from private and institutional investors and banks, many of which were European, into high yield mortgage and equity loans. Castor operated internationally from its head office in Montreal.

The company’s assets grew from \$643 million in 1986 to \$1.87 billion in 1990. The growth in Castor’s loan portfolio consisted mainly of loan disbursements to a variety of borrowers. These funds were used to fund borrowers’ construction costs, renovation costs, upgrading costs, holding costs and operating expenses; in some instances, loan increases were advanced simply to enable borrowers to pay interest on their existing loans.

Virtually none of Castor’s borrowers (save in those rare cases where a borrower was a true third party) complied with their financial obligations or other loan covenants to Castor, both before and during the 1988 to 1990 period that was the focus of the litigation. No financial statements were provided, substantial arrears in payment of taxes existed, no interest was paid, no payment of the commitment or renewal fees at the time of making or renewing loans were made, etc. A significant number of loans were not secured by a mortgage on real estate. In 1988 and each subsequent year, secured loans represented less than 50% of Castor’s portfolio. Not more than 5% of the loans made by Castor were made to third parties. Other loans were “relationship” loans, such as loans to the York-Hannover Group (YH).

The Court found that, year after year, Castor made and renewed loans to borrowers when it was obvious that such borrowers would not be capable of meeting their financial obligations to Castor. During 1988 to 1990, without Castor’s support, Castor’s principal borrowers were not financially viable and in some cases were likely insolvent. Castor raised ever increasing amounts

of money from lenders and investors to satisfy its outstanding and exponentially increasing financial obligations to them, as well as to support its borrowers’ accelerating cash needs.

In contrast, the audited consolidated financial statements of Castor disclosed that Castor’s business was highly successful and profitable as Castor dramatically grew its asset base, revenues and earnings between 1978 and 1990.

On February 26, 1992, an Order was issued granting Castor Court protection until June 26, 1992. On July 9, 1992, Castor was adjudicated bankrupt as of March 26, 1992, and Richter and Associates Inc. was appointed Trustee in Bankruptcy of the Castor companies.

Following Castor’s bankruptcy in 1992, many claims were made against various parties associated with the Castor situation before the Quebec Superior Court by lenders and investors in Castor. The claim of the Estate of the late Peter N. Widdrington (Widdrington) was chosen as a “test case.” The Quebec Superior Court was called upon to provide answers to various common issues that would be binding in all of the other Castor related cases. The Plaintiffs in all these other cases were given status in the Widdrington trial on the common issues.

A first trial that started in September 1998 and lasted eight years without concluding before it had to be terminated because of the judge’s illness and his inability to continue the proceeding. A second trial commenced on January 14, 2008, and concluded on October 4, 2010, with the Court’s decision rendered some seven months later.

The Plaintiff's Action

The Plaintiff, Widdrington, invested in Castor in 1988, 1989 and 1991. He became a member of its Board of Directors in 1990.

Widdrington claimed to have relied on the consolidated financial statements of Castor audited by C&L, the auditor's reports and the valuation letters prepared by C&L, as well as the Legal for Life Opinions, to invest in and to loan substantial sums of money to Castor, and to approve as a member of the Board of Directors the declaration and payment of a dividend for which he was later sued in the context of Castor's bankruptcy.

Widdrington argued that he would simply not have made investments in Castor in the absence of the unqualified opinions of C&L. He further added that his reliance was reasonable and that C&L should be liable for all damages he sustained further to his investments and to his decision on the dividend.

Widdrington's position was that overwhelming evidence shows that C&L failed to perform their professional services in accordance with applicable standards and that such failures were blatant, pervasive and inexcusable faults. He further added that Castor's loans and revenues were overstated by hundreds of millions of dollars and the audited financial statements bore no relationship to the reality of Castor's true financial position.

C&L's Response

C&L's position was that Castor's audited consolidated financial statements for 1988, 1989 and 1990 were not misstated, and the results of Castor's operations and the carrying values of its loans were fairly presented in accordance with generally accepted accounting principles (GAAP).

C&L also pleaded that if the Court were to conclude otherwise, Castor was one great "theatre of misconception" and the fraud was so pervasive that it

prevented C&L from uncovering the true nature of the misstatement of the financial statements.

Finally, C&L argued that none of the investments made by Widdrington can be attributed to his reliance upon the auditors' reports on the financial statements of Castor, the valuation letters signed by C&L or the Legal for Life certificates issued for the Legal for Life Opinions. According to C&L, overwhelming evidence clearly showed that the determinative factor that led to Widdrington's investments was his absolute faith and blind trust in the co-founder and principal of Castor, Wolfgang Stolzenberg (Stolzenberg).

The Judgment

The Quebec Superior Court came to the conclusion that the audited consolidated financial statements of Castor for 1988, 1989 and 1990 were materially misstated and misleading. It also concluded that C&L failed to perform their professional services as auditors



Infinity Asset Solutions is an established, industry leading and well capitalized industrial auction company.

We are a full service asset management company offering: *auctions, liquidations, financing, appraisals*, and related services such as: *asset remarketing, audits and advisory services.*

Our dedicated team of professional and certified accountants, appraisers & auctioneers are available to help you with your requirements throughout North America.

AUCTIONS • LIQUIDATIONS • FINANCING • APPRAISALS



63 Maplecrete Road, Concord, Ontario L4K 1A5 Canada
infassets.com • Tel: (905) 669-8893 • Fax: (905) 669-7512



for 1988, 1989 and 1990 in accordance with generally accepted auditing standards (GAAS).

The Court was very critical of Defendants' expert witnesses and noted that none of them provided an overall opinion on Castor's audited financial statements. It further noted that a number of contradictory, if not mutually exclusive, theories were advanced by them. For instance, none of the Defendants' experts opined on C&L's actual audit of the loans and the loan loss provisions and, in the Court's view, on the fundamental question in this case, namely, did C&L conduct its 1988, 1989 and 1990 audits in accordance with GAAS and, if not, what were the consequences of such failure?

On the other hand, the Court found that Plaintiff's experts, with distinctly different backgrounds and experience, all independently arrived at the same conclusion that the audited financial statements of Castor for 1988, 1989 and 1990 contained material misstatements that should have been identified, and would have been identified by C&L but for their negligent audit work.

Among the Court's main criticisms were:

- the absence of statements of changes in Financial position which statements would have provided relevant information to lenders and investors about the carrying value of Castor's assets, its profitability, its liquidity and the maturities of its assets;
- the failure to disclose all related party transactions;
- The artificial increase in liquidity due to incorrect or altered maturity dates for loans or to undisclosed restricted cash (subject to pledges) which situation did not provide the reader with the possibility of finding out that loans were not collectible as at their maturity dates;
- the recognition of unscheduled capitalized interest as revenue when there was no reasonable assurance of collectability;

- the understatement of loan loss provisions and the overstatement of the carrying value of the loan portfolio and equity.

In the Court's opinion, given the extent of the misstatements, C & L should not have issued unqualified opinions on Castor's financial statements but should have either denied an opinion or issued an adverse opinion indicating the extent to which the financial statements were materially misstated.

The Court also held that the audits were not conducted in accordance with GAAS as evidenced by a number of findings, including that:

- the engagement partner at C & L lacked independence and did not have an objective state of mind given his involvement in Castor's affairs and with the principal of Castor, far beyond his role as auditor. He adopted a very casual attitude towards his work, ignoring several "red flags";
- the planning and supervision of the audits was inappropriate and namely, tasks were executed by inexperienced audit team members who were not provided with sufficient instructions;
- insufficient audit evidence was gathered and the audit files were not properly documented. Inappropriate reliance was placed on the management of the audit client.

The Court further concluded that C&L issued various other faulty opinions relating to Castor's financial position (valuation letters and certificates for Legal for Life Opinions) during 1988, 1989, 1990 and 1991.

Having reached the foregoing conclusions, the Court found that, while a fraud might be a barrier to the auditors identifying irregularities in certain circumstances, the alleged fraud and misrepresentations by Castor's management (which included concealment, use of Stolzenberg's network of entities, circular transactions, backdating of documents and agreements, misappropriation of fees and revenues, and capitalization of interest) cannot serve here to relieve C&L of the responsibil-

ity arising from their improper and deficient performance as accountants and auditors. In the Court's view, if an auditor fails to adhere to GAAS, he runs a risk of not detecting a misstatement resulting from error or fraud. If it is shown that their audit results would have been different had they discharged their obligation properly, auditors engage their professional responsibility.

The Court found that Widdrington's reliance on C&L's professional opinions was reasonable and that, as a direct result of C&L's negligence, Widdrington suffered damages for which he is to be indemnified by C&L. The Court refused to find contributory negligence on the part of Widdrington due to his status as a former director of Castor. It held that he committed no fault in the exercise of his duties and carried out sufficient due diligence prior to making his investments, relying on experienced advisors.

Given that Widdrington has binding effect (on the common issues) for other court cases initiated as a result of the Castor failure, if this decision is upheld then more than \$1 billion in claims may be asserted by the numerous plaintiffs who have been awaiting a result in this matter.

The Appeal

On May 13, 2011, C&L filed a 139-page appeal of this decision with the Quebec Court of Appeal, asserting that the judge in first instance (Justice Marie St-Pierre) erred in several aspects of her decision. As of the preparation of this article, a date for the hearing of this appeal has not yet been set.

Conclusion

As the first instance decision presents an interesting legal analysis of the duties of chartered accountants providing audit and business valuation services to clients in the financial sector, and of directors of such clients who rely on their opinions, the decision to be rendered by the Court of Appeal will undoubtedly be of interest not only within legal circles but also to the business community as a whole.

The appeal has not been scheduled but it will likely be heard in early 2013. **RS**



Par Hélène Lefebvre, associée principale chez Norton Rose Canada, S.E.N.C.R.L, s.r.l., Montréal, Québec

Le 14 avril 2011, la Cour supérieure du Québec a rendu une décision de 750 pages dans l'affaire *Widdrington c. Wightman et al.*, aussi connue sous le nom de l'affaire « Castor ». Il s'agit de la plus longue saga judiciaire canadienne. L'affaire est axée sur la responsabilité possible de tiers à la suite de la faillite spectaculaire d'une importante organisation financière, et offre le contexte requis pour évaluer la responsabilité des vérificateurs en cas de procédure d'insolvabilité.

La Cour a conclu que le cabinet comptable Coopers & Lybrand (C&L) et l'un de ses associés, Elliott Wightman (Wightman), vérificateurs de Castor depuis les tout débuts de la société en 1975, avaient fait preuve de négligence dans leurs vérifications de Castor Holdings Inc. (Castor), dans leurs évaluations et dans l'émission des certificats d'admissibilité. La décision est actuellement en appel.

Ascension et chute de Castor

Castor était une société de placements bancaires et de finance appartenant à des intérêts privés, qui recueillait, empruntait et prêtait des fonds pour l'achat de propriétés immobilières situées au Canada et aux États Unis. Elle exerçait ses activités en tant qu'intermédiaire financier déréglementé et se présentait comme un prêteur diversifié, plaçant des dépôts et des prêts de banques et d'investisseurs privés

La saga Castor : enfin une décision

et institutionnels, dont plusieurs étaient européens, dans des prêts hypothécaires et participatifs à haut rendement. Castor exerçait ses activités à l'échelle internationale depuis son siège social, situé à Montréal.

Les actifs de la société étaient passés de 643 millions de dollars en 1986 à 1,87 milliard en 1990. La croissance du portefeuille de prêt de Castor était principalement attribuable à des versements de prêt pour financer des travaux de construction, de rénovation ou d'amélioration, ou des frais de possession et des dépenses d'exploitation engagés par les emprunteurs. Dans certains cas, des augmentations de prêt étaient consenties pour permettre aux emprunteurs de payer les intérêts sur leurs emprunts.

Pratiquement aucun des emprunteurs de Castor (sauf dans les rares cas où l'emprunteur était un tiers authentique) ne s'est conformé à ses obligations financières ou autres à l'égard de Castor, tant avant 1988, que de 1988 à 1990, période qui était au cœur du litige. Il n'y avait pas d'états financiers, il y avait d'importants arriérés dans les paiements d'impôt, aucun intérêt n'était versé, il n'y avait pas de paiement d'engagement ou de frais au moment de l'établissement, ou du renouvellement des emprunts, etc. Un nombre important de prêts n'étaient pas garantis par une hypothèque sur les biens immobiliers. En 1988 et dans les années suivantes, les prêts garantis représentaient moins de 50% du portefeuille de Castor. Cinq pour cent des prêts consentis par Castor tout au plus étaient faits à des tiers. Les autres prêts étaient des « prêts relationnels », notamment au York-Hannover Group.

La Cour a découvert que, année après année, Castor consentait et renouvelait des prêts aux emprunteurs alors qu'il était évident que ces derniers ne seraient pas capables de s'acquitter de leurs obligations financières à son égard. De 1988 à 1990,

sans l'aide de Castor, les principaux emprunteurs de Castor n'étaient pas viables sur le plan financier et, dans certains cas, ils étaient probablement insolvables. Castor allait chercher des montants d'argent toujours croissants auprès des prêteurs et des investisseurs pour s'acquitter de ses obligations financières à leur égard, dont la croissance était exponentielle, de même que pour répondre aux besoins de liquidité de plus en plus pressants de ses emprunteurs.

En dépit de tout cela, les états financiers consolidés et vérifiés de Castor révélaient une activité extrêmement florissante et rentable puisque Castor avait fait croître de façon extraordinaire ses actifs de départ, ses recettes et ses gains entre 1978 et 1990.

Le 26 février 1992, une ordonnance fut rendue accordant à Castor la protection du tribunal jusqu'au 26 juin 1992. Le 9 juillet 1992, Castor était déclarée faillie en date du 26 mars 1992 et le cabinet Richter and Associates Inc. était nommé syndic de faillite des sociétés Castor.

Suite à la faillite de Castor en 1992, de nombreuses demandes d'indemnisation furent produites contre diverses parties associées à la situation de Castor devant la Cour supérieure du Québec, par des prêteurs et des investisseurs de la société. La demande d'indemnisation de la succession de feu Peter N. Widdrington (Widdrington) fut choisie comme « cause type ». La Cour supérieure du Québec fut saisie et priée de fournir des réponses aux différentes questions communes dont la solution devait être exécutoire pour toutes les autres causes liées à Castor. Les plaignants de tous ces autres procès en instance se virent accorder un statut sur les questions communes, dans le procès Widdrington.

Le premier procès, qui avait débuté en septembre 1998 et duré huit ans, avait été ajourné sans aboutir à un jugement

La saga Castor : enfin une décision

en raison de la maladie du juge et de son incapacité à poursuivre la procédure. Le second procès, qui a commencé le 14 janvier 2008, a pris fin le 4 octobre 2010 et la décision du tribunal a été rendue environ sept mois plus tard.

Le recours du plaignant

Le plaignant, Widdrington, avait investi dans Castor en 1988, 1989 et 1991. Il était devenu membre du conseil d'administration de la société en 1990.

Widdrington a fait valoir qu'il s'était appuyé sur les états financiers consolidés de Castor, vérifiés par C&L, les rapports du vérificateur, les évaluations et l'émission des certificats d'admissibilité, pour investir et prêter d'importantes sommes d'argent à Castor, et pour approuver en tant que membre du conseil d'administration, la déclaration et le paiement d'un dividende qui lui a valu par la suite d'être poursuivi dans le contexte de la faillite de Castor.

Son argument était qu'il n'aurait tout simplement pas investi dans Castor en l'absence des opinions sans réserve de C&L. Il ajoutait en outre que cette confiance était raisonnable et que C&L devait être passible de tous les dommages qu'il avait subis par ailleurs, concernant ses investissements et sa décision relative au dividende.

Selon Widdrington, des preuves accablantes montraient que C&L n'avait pas accompli ses services professionnels conformément aux normes applicables et ce genre de lacune équivalait à une faute criante, généralisée et inexcusable. Il ajoutait en outre que les prêts et les revenus de Castor étaient surévalués de plusieurs centaines de millions de dollars et que les états financiers vérifiés n'avaient aucun rapport avec la

réalité de la véritable situation financière de la société.

La réponse de C&L

Selon l'argument de C&L, les états financiers consolidés vérifiés de Castor pour 1988, 1989 et 1990 n'étaient pas erronés et les résultats des activités de Castor, de même que la valeur comptable de ses prêts, étaient présentés avec exactitude, conformément aux principes comptables généralement reconnus.

C&L a également plaidé que si la Cour en arrivait à une autre conclusion, c'est que Castor était un grand « théâtre de l'illusion » et que la fraude y était si généralisée que C&L n'avait aucune chance de découvrir la véritable nature des erreurs dans les états financiers.

Enfin, C&L a allégué qu'aucun des investissements faits par Widdrington n'était attribuable à la confiance qu'il accordait aux rapports des vérificateurs sur les états financiers de Castor, aux évaluations signées par C&L ou aux certificats d'admissibilité. Selon C&L, les preuves accablantes montraient clairement que le facteur déterminant ayant conduit Widdrington à réaliser ses investissements était sa foi absolue et sa confiance aveugle dans le cofondateur et directeur de Castor, Wolfgang Stolzenberg (Stolzenberg).

Le jugement

La Cour supérieure du Québec en est venue à la conclusion que les états financiers consolidés vérifiés de Castor pour 1988, 1989 et 1990 étaient gravement erronés et prêtaient à confusion. Elle a également conclu que C&L ne s'était pas acquitté de ses services professionnels en tant que vérificateur pour 1988, 1989 et 1990, conformément aux normes de vérification généralement reconnues.

La Cour s'est montrée très critique à l'égard des témoins experts des défendeurs et a fait observer qu'aucun d'entre eux n'avait fourni une opinion globale sur les états financiers vérifiés de Castor. Elle a en outre mentionné que plusieurs théories contradictoires voire s'excluant mutuellement, avaient été proposées par ces derniers. Par exemple, aucun des témoins experts des défendeurs n'a formulé une opinion sur la vérification réelle par C&L, des prêts et des provisions pour prêts douteux et, du point de vue de la Cour, n'a répondu à la question fondamentale dans cette espèce, à savoir si C&L a effectué ses vérifications de 1988, 1989 et 1990 conformément aux normes de vérification généralement reconnues et, dans le cas contraire, quelles auraient été les conséquences de cette lacune.

En revanche, la Cour a estimé que les experts des plaignants, provenant tous d'horizons fort différents, en étaient arrivés indépendamment l'un de l'autre à la même conclusion, à savoir que les états financiers vérifiés de Castor pour 1988, 1989 et 1990 renfermaient des inexactitudes importantes qui auraient dû être mises en évidence et l'auraient été si C&L n'avait pas fait preuve de négligence dans sa mission de vérification.

Parmi les principales critiques de la Cour, mentionnons :

- l'absence d'états de l'évolution de la situation financière, lesquels auraient fourni des renseignements pertinents aux prêteurs et aux investisseurs sur la valeur comptable des actifs de Castor, sa rentabilité, sa liquidité et les dates d'échéance de ses placements;
- la non divulgation de toutes les transactions avec des tiers;
- le gonflement artificiel des liquidités en raison de dates d'échéance inexacts ou falsifiées pour les prêts ou encore d'encaisse affectée dissimulée (faisant l'objet d'un nantissement), qui ne donnait pas au lecteur la possibilité de découvrir que des prêts ne pouvaient être recouverts à leur date d'échéance;
- la constatation d'intérêts capitalisés imprévus comme revenus, en l'absence d'une assurance raisonnable de possibilité de recouvrement;
- la sous-évaluation des provisions pour prêts douteux et la surévaluation de la

HILLMOUNT CAPITAL

Yitz Levinson, CA, CIRP
416.849.0322
yitz@hillmount.ca
FSCO Lic. #10453/#11925

Specializing in Mortgage Financing, including:

- Debt Consolidation/Equity Loans
- Bank Turndowns
- Purchasing of Distressed Loans
- DIP Financing & Trustee Certificates

Visit our new website at www.hillmount.ca

Recent Transactions				
\$5,000,000 1st & 2nd Mortgage	\$2,090,000 Second Mortgage	\$1,600,000 Second Mortgage	\$150,000 First Mortgage	\$120,000 Second Mortgage
35,000 SF of Commercial Condos Toronto, ON	Three Residential Properties Toronto, ON	Custom Home Construction Loan Mississauga, ON	Residential Property Toronto, ON	Purchase of Distressed Residential Mortgage Toronto, ON

valeur comptable du portefeuille de prêts et d'actions participatives.

De l'avis de la Cour, compte tenu de l'ampleur des déclarations inexactes, C&L n'aurait pas dû émettre des opinions sans réserve sur les états financiers de Castor mais aurait dû soit refuser d'émettre une opinion, soit émettre une opinion contraire, indiquant la mesure dans laquelle les états financiers étaient gravement erronés.

La Cour a également affirmé que les vérifications n'avaient pas été conduites conformément aux normes de vérification généralement reconnues comme l'illustraient plusieurs faits, notamment que :

- l'associé de C&L chargé de la mission manquait d'autonomie et n'était pas dans un état d'esprit objectif, du fait que sa participation aux activités de Castor et ses relations avec le directeur de Castor dépassaient de beaucoup son rôle en tant que vérificateur. Il avait une attitude très désinvolte à l'égard de son travail et n'a pas tenu compte de plusieurs « signaux d'alarme »;
- la planification et la supervision des vérifications étaient inadéquates et, précisément, les tâches étaient exécutées par les membres d'une équipe de vérification inexpérimentée à qui l'on n'avait pas donné suffisamment d'instructions;
- les preuves de vérification recueillies étaient insuffisantes et les dossiers de vérification n'étaient pas documentés comme il se doit. On faisait beaucoup trop confiance à la direction du client vérifié.

La Cour a statué par ailleurs que C&L avait émis diverses autres opinions erronées

se rapportant à la situation financière de Castor (évaluations et émission des certificats d'admissibilité) au cours des années 1988, 1989, 1990 et 1991.

Étant parvenue aux conclusions susmentionnées, la Cour a estimé que, bien que la fraude puisse parfois empêcher les vérificateurs de découvrir des irrégularités, la fraude et les fausses déclarations alléguées par la direction de Castor (entre autres, la dissimulation, l'utilisation du réseau de Stolzenberg, les transactions circulaires, l'antidatage de documents et de conventions, le détournement de droits et de recettes, et la capitalisation des intérêts) ne sauraient relever C&L de sa responsabilité découlant de sa performance déficiente et inappropriée en tant que comptable et vérificateur. Du point de vue de la Cour, si un vérificateur ne respecte pas les normes de vérification généralement reconnues, il court le risque de ne pas détecter une déclaration inexacte résultant d'une erreur ou d'une fraude. S'il est démontré que les résultats de leur vérification auraient été différents s'ils s'étaient acquittés comme il se doit de leurs obligations, les vérificateurs engagent leur responsabilité professionnelle.

La Cour a estimé qu'il était raisonnable que Widdrington fasse confiance aux opinions professionnelles de C&L et que, comme les dommages subis par Widdrington étaient une conséquence directe de la négligence de C&L, ce dernier devait être indemnisé par le cabinet. La Cour a refusé d'imputer à Widdrington une négligence propre à la victime en raison de son statut d'ancien administrateur de Castor. Elle a affirmé qu'il n'avait pas commis de faute dans l'exercice de ses fonctions et qu'il avait fait

preuve de diligence raisonnable avant de faire ses investissements, en faisant confiance à des vérificateurs chevronnés.

Du fait que Widdrington a un effet exécutoire (sur les questions communes) pour d'autres recours en instance auprès des tribunaux dans la foulée de la faillite de Castor, plusieurs plaignants qui attendaient le résultat du procès pourraient faire valoir plus d'un milliard de dollars de réclamations.

L'appel

Le 13 mai 2011, C&L a déposé un document de 139 pages faisant appel de cette décision devant la Cour d'appel du Québec. Le cabinet prétend essentiellement que la juge de première instance, Mme Marie St Pierre, a erré à plusieurs égards dans sa décision. À la date de rédaction du présent article, aucune date n'avait encore été fixée pour entendre cet appel.

Conclusion

Comme la décision du tribunal de première instance présente une analyse juridique intéressante des obligations de comptables agréés qui assurent des services de vérification et d'évaluation des affaires pour leurs clients du secteur financier et des administrateurs de ces clients, qui se fient à leurs opinions, la décision que rendra la Cour d'appel sera indubitablement intéressante, non seulement pour les cercles juridiques, mais également pour le milieu des affaires dans son ensemble.

L'appel n'a pas encore été inscrit au rôle mais il sera vraisemblablement entendu au début de 2013. **RS**

CANAM-APPRAIZ INC.

• Appraisers • Auctioneers • Liquidators • Inventory

30 Millwick Dr., Toronto, Ontario, M9L 1Y3

Tel: (416) 741 0228 Fax: (416) 741-0122 • www.canam-apprais.com

OUR SERVICES

<p>Provide Appraisal on all Personal Properties</p> <p>Appraisals Based on:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Liquidation Values • Going Concern Values • Fair Market Values • Replacement Cost <p>Over 25 Years of experience with Law Firms</p> <ul style="list-style-type: none"> • Financial Institutions • Trustees and Receivers • Partnerships 	<p>Over 25,000 sq. ft. warehouse</p> <ul style="list-style-type: none"> • Removal of Assets for storage and sales through private tenders, auctions, liquidations <p>Outright purchase of assets - or on consignment with net minimum guarantees</p> <p>Auto Dealership - Storage and Sales</p> <p>Bar/BF Services Available</p>
--	---

Members of CPPEI, CICA, BARR

MORGAN & PARTNERS INC.

INSOLVENCY & RESTRUCTURING
TRUSTEE IN BANKRUPTCY

The range of services we provide are:

- Financial Advice • Financial Solutions – Corporate/Personal
- Turnarounds

CONTACT US:

Telephone: (705) 739-7003 Fax: (705) 739-7119

Email: info@morgantrustees.com Website: www.morgantrustees.com

4 Cedar Pointe Drive, Unit J, Barrie, ON L4N 5R7

High Cost Consumer Credit Sets the Stage for Bankruptcy



By Dr. Janis Sarra,
UBC Faculty of Law

There has been a steady rise in household debt levels over the last 20 years, and the ratio of Canadian household debt to disposable income reached 148% in 2010 (Statistics Canada). The Task Force on Financial Literacy reports that 31% of Canadians are struggling to meet their bill payments. Overall, bank and credit union credit has tightened since the global financial crisis, but other forms of more costly credit continue to be available. For consumers who cannot make ends meet, this costly credit sets the stage for financial distress and ultimately, bankruptcy.

I recently conducted an empirical study that was financially supported by the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) and titled, “At What Cost? Access to Consumer Credit in a Post-Financial Crisis Canada” (*Annual Review of Insolvency Law*, 2011- Toronto: Carswell, 2012). The study found that, for many Canadians, the issue is less whether there is “access to credit” but rather, “access to credit at what high cost and on what terms and conditions”.

The study found that access to consumer credit is influenced by many factors such as amount and security of the consumer’s income, as well as credit card company and financial institution practices. Access is also driven by social, cultural and cognitive factors that include: consumer understanding of the cost of credit perceptions regarding ability to repay, cognitive influences regarding immediate consumption and delayed payment, understanding of the benefits and risks of debt to economic

security, and the conflicts of interest inherent in the business of lending.

The study analyzed a cohort of 4,000 consumer insolvency cases in the past two years, specifically 3,118 bankruptcies and 882 consumer proposals. The research also included a qualitative survey of 55 bank managers, credit union managers and credit counsellors across Canada.

The resulting data indicate that “access to credit” forms an extremely small percentage of declared reasons for filing bankruptcy or proposals under the *BIA*; however, there are a number of closely related causes. For bankruptcies, insufficient income accounted for almost one-third of all consumer insolvencies, unemployment for 19%, and over-indebtedness for 12%. For proposals, insufficient income accounted for 41% of insolvency, unemployment for 16%, and over-indebtedness for 14%. Reasons for seeking relief under Canadian insolvency law is reported by bankrupts as being less associated with access to credit and more a direct outcome of consumer debtors’ inability to meet the payment demands of expensive credit they previously accessed.

Much of the reported need for credit in the past two years has been the need to bridge income loss from job loss, reduced hours of employment and small business failures due to tightening economic conditions. Many individuals who could not access personal loans from their bank or credit union turned to alternative, more expensive forms of credit such as merchandise finance company loans, increased credit card debt and payday loans, or they skipped

monthly payments on loans with attendant penalties. As such, consumers face the direct costs of high interest rate charges and loan and broker fees.

There is evidence to suggest that costs increase when consumer borrowers do not understand how interest rates and terms work. Thus, consumer debtors may be paying considerably more for their credit than they need to. The lack of financial literacy — particularly identified as an issue among younger adults and recent immigrants to Canada — is a major concern in that many consumer debtors do not fully appreciate the costs of carrying expensive credit. Yet, to date, financial literacy training does not align with consumer debtors’ particular needs for financing based on income and a range of other factors.

There are also significant indirect costs to the consumer arising from access to expensive credit only; these costs include foregone basic necessities due to excessive debt load, health outcomes and costs associated with the stress of over-indebtedness, as well as costs to society that are borne by creditors or the general tax base when consumers default on loans or file for insolvency or bankruptcy.

In terms of personal loans, credit counsellors reported a large spike in defaults across Canada during 2009 and 2010, when consumer debtors could no longer live within their existing budget. Many

credit professionals observed that bill collectors place considerable pressure on consumers to pay unsecured debt ahead of housing or food. Therefore, the consumer has little choice but to use credit cards to meet those essential needs.

For the 4,000 files examined, bankrupts had seven times more debt than assets. The average credit card debt was \$21,620, with 90% of all bankrupts having significant credit card debt. Equally, however, personal loans and finance company debt are significant factors in filing, which is evidence of credit behaviour that catches consumer debtors in a repeated pattern of refinancing expensive debt and re-incurring it, which can in turn expedite financial distress.

Where the financial crisis was cited as the primary cause of bankruptcy, the median assets at the time of filing were \$17,401 and the median liabilities were significant at \$141,502, supporting observations by credit professionals that a number of consumer debtors were living far beyond their means, and that

it was an economic shock associated with the financial crisis that tipped the balance into insolvency.

In Canada, the largest purchase most consumers make in their lifetime is a house, condominium or co-op apartment and they almost always do so by taking one or more mortgages. Access to credit in this respect is critically important as it allows individuals some security in their housing situation. Considering the life-cycle hypothesis of consumption, mortgage debt is to be acquired earlier in adults' credit history — often moving from “starter” homes to more permanent homes — with the mortgage debt retired during middle age. Bank and credit union managers observed that this longstanding pattern has now shifted.

In 2009, 34% of retired individuals aged 55 and over held mortgage debt. Among consumers in the same age group who had not yet retired, two-thirds held mortgage debt with a median debt load of \$40,000. Thus, for

many people over age 55, resources that should otherwise be directed to savings pre-retirement are being used instead to pay mortgages.

Prior to the financial crisis, a significant consolidation and access to credit strategy was a home equity line of credit (HELOC). HELOC were originally conceptualized for use toward major expenses, such as post-secondary education or home improvements, and not for day-to-day expenses.

However, HELOC were used as access to credit for purposes not originally intended. During the housing boom, the value of homes skyrocketed, and the requirements to obtain a HELOC relaxed significantly. When consumers reached the limits on their credit cards, they resorted to HELOC and in turn, ran credit card debt up again, placing their mortgages at risk of foreclosure. Consumer debtors have paid off credit cards with equity in their homes during the boom and now find themselves with no equity left and more credit card debt.



I want to consult a law firm
with a fresh perspective.

Siskinds works for ME.

When faced with challenging financial situations, Siskinds steps in to help resolve issues. With extensive experience in bankruptcy and insolvency law, Siskinds offers creative, cost-effective solutions. That works for me.

519.672.2121
Toll Free 877.672.2121
680 Waterloo Street, London

SISKINDS | THE LAW FIRM

SISKINDS' BANKRUPTCY & INSOLVENCY GROUP - LEADERS IN:
• Insolvency • Bankruptcy • Debt Restructuring

SISKINDS.COM

LEADERS IN THEIR FIELD®

High Cost Consumer Credit Sets the Stage for Bankruptcy

The use of HELOC in a fashion more akin to account withdrawing portends future issues around debt load and longer-term economic security. While many consumer debtors who file for bankruptcy do not have houses or apartments in which they have any equity that might serve as a financial cushion, those who do have mortgages are at greater risk of losing the mortgaged home.

The study also found that steady employment has been a big factor in both access to credit and capacity to manage debt. Since the financial crisis, the number of middle-class families and individuals who are having difficulties because of employment loss and income reductions has meant that default rates have permeated into that tier. Bank and credit union managers witnessed many more working class and middle class individuals seeking

to renegotiate terms and conditions of repayment based on their loss of income. The changes in access to credit have varied, depending on the region and sector of the economy hit by recession. Even if an individual is able to secure new employment relatively easily after a job loss due to economic downturn, access to credit is a problem. Many people are being declined affordable credit because they have not been at their new jobs for very long, which is not considered a stable enough employment history by the banks.

The study also examined recent federally enacted credit business practice regulations aimed at consumer protection through increasing the transparency of credit fees and rates, requiring minimum grace periods on new credit card purchases, and prohibiting federally regulated financial institutions from increasing someone's credit limit unless that person explicitly agrees. The study examined payday loans and the disadvantages being created under some of the new provincial payday legislation.

While provincial caps are a first step, they do little to temper the high amounts of interest (up to 550%) that continue to be charged to individuals using payday loans. Interestingly, in the Newfoundland and Labrador government's decision not to enact a provincial payday lending statute, it observed that the maximum interest rate of 60% per annum set out in section 347 of the Criminal Code is stricter than the controls enacted in various provinces.

Considerably more research and policy development is required to make consumer access to credit more understandable, affordable and accessible on a fair and reasonable basis. While financial literacy is an important goal, there is also an urgent need for the federal government to complement its current work in financial literacy with a much more comprehensive program regarding consumer credit. **RS**

Over half of ALL Creditor Packages are now sent via the Express Button

- Did you know that Ascend can send all creditor packages, including ones that have to go by "snail-mail", with just the push of a button?
- Did you know that the cost of the Express Button for consumer files is included in your software fees?



Plus de la moitié de TOUS les avis aux créanciers sont maintenant envoyés par le Bouton Express

- Saviez-vous qu'Ascend peut envoyer tous les avis aux créanciers, incluant ceux qui doivent être envoyés par la « poste ordinaire », en cliquant sur un bouton?
- Saviez-vous que le coût du Bouton Express est inclus dans vos frais de logiciel pour les dossiers consommateurs?

-up. Give us a call and let's get started.

La mise en place est très facile. Appelez-nous et allons-y, commençons!

Express

ASCEND

(800) 543-4248



La hausse du coût du crédit à la consommation ouvre la voie à la faillite

On observe une augmentation régulière du niveau d'endettement des ménages depuis les 20 dernières années. Selon Statistique Canada, le ratio d'endettement des ménages canadiens au revenu disponible a atteint 148% en 2010. Le Groupe de travail sur la littératie financière mentionne que 31% des Canadiens arrivent difficilement à payer leurs factures. Si globalement, l'accès au crédit auprès des banques et des coopératives de crédit s'est resserré depuis la crise financière mondiale, d'autres formes de crédit plus coûteuses continuent d'être accessibles. Pour les consommateurs qui ne parviennent pas à joindre les deux bouts, ce crédit coûteux est à l'origine des difficultés financières, et à long terme, de la faillite.

Avec l'appui financier du BSE, j'ai effectué récemment une étude empirique intitulée « À quel prix? L'accès au crédit à la consommation au Canada après la crise financière », paru dans la revue *Annual Review of Insolvency Law*, 2011 -Toronto : Carswell, 2012. Il en ressort que pour de nombreux Canadiens la question qui se pose n'est pas tant de savoir « s'ils auront accès au crédit, mais à quel prix et à quelles conditions » [trad.].

L'étude a révélé que l'accès au crédit à la consommation est influencé par de nombreux facteurs tels l'importance du revenu et la sécurité du revenu du consommateur, ainsi que par les pratiques des institutions financières et des sociétés émettrices de cartes de crédit. L'accès est également lié à des facteurs sociaux, culturels et cognitifs, y compris la façon dont le consommateur conçoit le coût du crédit, l'idée qu'il se fait de sa capacité de remboursement, les influences cognitives concernant la consommation immédiate d'un bien dont le paiement est repoussé, la connaissance des avantages et des risques de l'endettement pour la sécurité financière, et les conflits d'intérêt inhérents dans le commerce du prêt.

L'étude analyse une cohorte de 4 000 dossiers d'insolvabilité de consommateur au cours des deux dernières années, portant précisément sur 3 118 faillites et 882 propositions de consommateur.

La recherche inclut également un sondage qualitatif auprès de 55 directeurs de banque, directeurs de coopérative de crédit et conseillers en crédit dans différentes régions du Canada. Les données indiquent que « l'accès au crédit » ne constitue qu'un très faible pourcentage des raisons déclarées de la faillite ou de la présentation d'une proposition sous le régime de la LFI. Toutefois, on observe plusieurs causes étroitement reliées. En ce qui concerne la faillite, l'insuffisance du revenu représente près du tiers de tous les cas d'insolvabilité des consommateurs, contre 19 % pour le chômage et 12% pour le surendettement. Dans le cas des propositions, l'insuffisance du revenu représente 41 % des dossiers d'insolvabilité, le chômage 16 % et le surendettement 14 %. D'après les déclarations des faillis, la recherche d'un recours en vertu de la loi canadienne de l'insolvabilité serait moins un problème d'accès au crédit que le résultat de l'incapacité des débiteurs consommateurs à répondre aux exigences de remboursement d'un crédit coûteux auquel ils ont eu accès auparavant.

Au cours des deux dernières années, la plus grande partie des besoins d'emprunt s'explique par la nécessité de combler l'écart provoqué par la perte de revenu imputable à une perte d'emploi, par la réduction des heures de travail et par la faillite de petites entreprises, en raison de la contraction de l'économie. Nombre de particuliers qui n'ont pas pu obtenir un prêt personnel de leur banque ou de leur coopérative de crédit se tournent vers d'autres formes de crédit plus coûteuses, comme les prêts sur marchandise, les prêts sur salaire, l'augmentation de l'endettement sur leur(s) carte(s) de crédit, ou encore ils omettent de faire leurs versements mensuels sur des prêts, avec les pénalités qui s'ensuivent. Les consommateurs sont alors aux prises avec le coût direct de taux d'intérêt élevés, auxquels s'ajoutent des frais d'emprunt et des frais de courtier.

Tout porte à croire que le coût augmente lorsque le consommateur qui emprunte ne comprend pas la façon dont sont calculés



Par Dr. Janis Sarra,
Faculté de droit de l'Université de Colombie-Britannique

les taux d'intérêt, ni les conditions d'emprunt. Ainsi, le débiteur consommateur se retrouve à payer considérablement plus pour son crédit, qu'il n'est nécessaire. L'absence de littératie financière est une préoccupation de premier ordre dans la mesure où nombre de débiteurs consommateurs ne comprennent pas vraiment le coût du surendettement, et la question a été jugée particulièrement préoccupante chez les jeunes adultes et les immigrants récemment arrivés au Canada. À ce jour, l'éducation financière n'est pas adaptée aux besoins de financement particuliers des débiteurs consommateurs, en fonction de leur revenu et d'une gamme d'autres facteurs.

Il y a également des coûts indirects importants associés au fait que le consommateur a accès uniquement à un crédit coûteux, comme ceux découlant de la négligence des nécessités de base en raison du surendettement, des conséquences pour la santé, des coûts associés au stress du surendettement, ainsi que des coûts pour la société assumés par les créanciers et les contribuables lorsque ces consommateurs en cessation de paiement déposent un dossier d'insolvabilité ou de faillite.

En ce qui concerne les prêts personnels, les conseillers en crédit ont fait état de hausses abruptes marquées dans les défauts de paiement au Canada au cours des années 2009 et 2010, lorsque les débiteurs consommateurs étaient incapables de joindre les deux bouts avec leur budget. De nombreux professionnels du crédit ont observé que les agents de recouvrement exercent une pression considérable sur les

La hausse du coût du crédit à la consommation ouvre la voie à la faillite

consommateurs pour qu'ils remboursent leurs dettes non garanties, avant de payer leur maison ou de remplir leur panier d'épicerie. En pareil cas, le consommateur n'a d'autre choix que d'utiliser sa carte de crédit pour satisfaire ces besoins essentiels.

Dans 4 000 dossiers passés en revue, les faillis avaient un taux d'endettement sept fois plus élevé que leurs biens. La dette moyenne sur carte de crédit s'élevait à 21 620 \$ et 90% des faillis avaient une dette sur carte de crédit très élevée. En outre, les prêts personnels et les dettes auprès des sociétés de finance constituent des facteurs importants dans le dépôt d'un dossier d'insolvabilité, et témoignent d'un comportement face au crédit qui entraîne les débiteurs consommateurs dans une spirale sans fin de refinancement d'une dette coûteuse, qui ne fait que grossir, ce qui peut accélérer les difficultés financières.

Dans les dossiers où la crise financière était citée comme étant la principale cause de faillite, l'actif médian au moment du dépôt était de 17 401 \$, et le passif médian atteignait 141 502 \$, ce qui confirme les observations des professionnels du crédit selon lesquelles un certain nombre de débiteurs consommateurs vivaient bien au dessus de leurs moyens, et qu'un choc financier associé à la crise financière les a fait basculer dans l'insolvabilité.

Au Canada, l'achat le plus important de la plupart des consommateurs au cours de leur vie est une maison, un condominium ou un appartement dans une coopérative d'habitation. Et ils font presque toujours cet achat en souscrivant une ou plusieurs hypothèques. L'accès au crédit à cet égard est d'une importance cruciale, puisqu'il permet aux particuliers de bénéficier d'une certaine sécurité face au logement. Si l'on prend le cycle de vie comme hypothèse de consommation, la dette hypothécaire doit être souscrite tôt dans le dossier de crédit d'un adulte appelé à déménager d'un logement « de départ » dans un logement plus permanent, et elle doit être remboursée une fois le propriétaire parvenu à l'âge moyen. Les directeurs de banque et de coopérative de crédit ont fait observer que ce comportement qui était depuis longtemps la norme avait maintenant évolué.

En 2009, 34% des personnes retraitées, âgées de 55 ans ou plus, étaient titulaires d'un crédit hypothécaire. Parmi les consommateurs du même groupe d'âge qui n'avaient pas encore pris leur retraite, les deux tiers détenaient un crédit hypothécaire

et leur fardeau d'endettement médian était de 40 000 \$. Par conséquent, dans le cas de nombreuses personnes âgées de plus de 55 ans, les ressources qui auraient dû être orientées vers des épargnes en prévision de la retraite étaient encore utilisées pour rembourser l'hypothèque.

Avant la crise financière, la marge de crédit hypothécaire constituait une stratégie importante de consolidation de la dette et d'accès au crédit. Cette marge a été conçue à l'origine pour permettre aux consommateurs d'absorber des dépenses majeures, comme les études postsecondaires ou l'amélioration domiciliaire, et non pour des dépenses quotidiennes.

Or, cette marge est désormais utilisée à des fins non prévues à l'origine. Au cours de la période d'essor de la construction résidentielle, la valeur des maisons a explosé et les critères pour l'obtention d'une marge de crédit hypothécaire se sont assouplis considérablement. Lorsque les consommateurs atteignent la limite de leur carte de crédit, ils ont recours à une marge de crédit hypothécaire et ils remplissent ensuite de nouveau leur carte de crédit, prenant ainsi le risque de forclusion de leur hypothèque. Les débiteurs consommateurs ont soldé leur carte de crédit avec l'avoir propre accumulé sur leur maison au cours de l'essor de la construction résidentielle et, une fois qu'ils n'ont plus d'avoir propre, ils font face à un endettement sur carte de crédit.

La marge de crédit hypothécaire est désormais utilisée davantage comme outil de retrait de compte, ce qui laisse présager des problèmes ultérieurs concernant le fardeau de la dette et la sécurité financière à plus long terme. Certes, nombre de débiteurs consommateurs qui déclarent faillite ne possèdent pas de maison ou d'appartement, dont l'avoir propre pourrait leur servir de coussin financier, mais ceux qui ont prêté hypothécaire courent le risque de perdre leur maison.

L'étude révèle également qu'un emploi stable constitue un facteur déterminant autant dans l'accès au crédit que dans la capacité de gérer la dette. Depuis la crise financière, le grand nombre de familles et de particuliers de la classe moyenne ayant éprouvé des difficultés à la suite d'une perte d'emploi et d'une baisse du revenu nous indique que le taux de défaut de paiement était latent dans cette classe sociale. Les directeurs de banque et de coopérative de crédit ont constaté qu'un nombre beaucoup plus important de personnes de la classe laborieuse et de

la classe moyenne essayent de renégocier les conditions de remboursement de leurs emprunts, en raison d'une perte de revenu. Les changements dans l'accès au crédit ont varié, selon la région et le secteur de l'économie frappés par la récession. Même si une personne parvient à trouver un nouvel emploi relativement facilement après une perte d'emploi attribuable au ralentissement économique, l'accès au crédit peut poser problème, puisque certains se voient refuser un emprunt à prix abordable du fait qu'ils n'occupent pas leur nouvel emploi depuis très longtemps et ne sont pas considérés par la banque comme ayant des antécédents d'emploi stables.

L'étude s'est également penché sur la réglementation concernant les pratiques commerciales en matière de crédit récemment adoptée par le gouvernement fédéral, afin d'assurer la protection des consommateurs, en exigeant une transparence accrue des frais et des taux de crédit, un délai de grâce minimum pour les achats sur une nouvelle carte de crédit, ainsi que l'interdiction aux institutions financières de régime fédéral d'augmenter la limite de crédit d'une personne, à moins que cette dernière n'accepte expressément cette augmentation. L'étude a examiné les prêts sur salaire et les désavantages qui découlent de certaines nouvelles lois provinciales régissant ce genre de prêt.

Bien que les plafonds imposés par les provinces constituent une première étape, ils ne changent pas grand chose au montant élevé des intérêts qui peuvent aller jusqu'à 550%, et qui continuent d'être imposés aux personnes ayant recours à ce genre de prêt. Fait intéressant, on a fait observer, dans la décision prise par le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador de ne pas promulguer de loi régissant le prêt sur salaire, que le taux d'intérêt maximum de 60 % par an, fixé par l'article 347 du Code criminel, était plus strict que les contrôles adoptés par diverses provinces.

Il est nécessaire de mener beaucoup plus de travaux de recherche et d'élaborer des politiques pour rendre plus compréhensible, abordable et accessible le crédit à la consommation sur une base équitable et raisonnable. Si la littératie financière constitue un objectif important, il est également urgent que le gouvernement fédéral complète ses activités actuelles en matière d'éducation financière en mettant en place un programme plus exhaustif concernant le crédit à la consommation. **RS**

Preferential Payments in the Limelight

Comments on the decision in *re: Tucker v. Aero Inventory (UK) Ltd.*

I INTRODUCTION¹

On August 18, 2011, the Ontario Superior Court of Justice rendered a decision in the case of *Tucker v. Aero Inventory (UK) Ltd.* (“Tucker”)², on an issue pertaining to an alleged preferential payment and proceedings pursuant to section 95 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”)³. The case is interesting because it raises a series of pragmatic issues dealing with “reviewable transactions”,⁴ namely:

1. Is a bankruptcy trustee entitled to take proceedings strictly for the benefit of secured creditors? If the ordinary unsecured creditors do not stand to benefit from the actions of the trustee, is the trustee precluded from taking action?
2. If a bankruptcy trustee is entitled to take proceedings to recover preferential payments, who should receive the benefit of an eventual recovery? When the preference payments are returned to the estate, are they still subject to the security of a secured creditor and consequently, should such proceeds be remitted to this secured creditor?
3. If the proceeds of a preferential payment can accrue to a secured creditor because of its security, would the situation be the same for other types of reviewable transactions, such as transactions at under-value⁵, payments of dividends or redemptions of shares⁶, or other pre-commencement transactions⁷?
4. In the context of proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act* (“CCAA”)⁸, can a preference action be initiated in a situation where a plan of arrangement has not been made, or may never be made?
5. If there are concurrent proceedings

under the *BIA* and the *CCAA*, must a preference action necessarily be taken under the *BIA*, or could it be taken under the *CCAA*?

6. If the court decides that proceedings should have been taken pursuant to the *BIA* rather than the *CCAA*, are the *CCAA*-initiated proceedings invalid as a whole, thus requiring the trustee to recommence the proceedings from the beginning under the *BIA*?
7. If proceedings are taken in the context of a proposal under the *BIA* or a plan of arrangement under the *CCAA*, who should be the beneficiary of the recourse? Should the proceeds accrue to the secured creditors because of their security, the ordinary unsecured creditors or the debtor?

These issues come to mind in reading the *Tucker* case, but the decision does not deal with all of these. By far, the most significant issues analyzed by the Court were that of entitlement to the proceeds, and the validity of proceedings being taken under the *CCAA* in a situation where a plan of compromise or arrangement has not been, and may never be, filed.

II BACKGROUND OF THE LITIGATION

This case involves concurrent proceedings under the *CCAA* and under the *BIA*. Specifically, proceedings were taken in Canada under the *CCAA* to recognize proceedings in the UK as foreign main proceedings. The debtor company, Aero Inventory (UK) Ltd. (“Aero”) subsequently became bankrupt at the request of the foreign representative, to provide a vehicle to challenge transactions pursuant to sections 95 or 96 of the *BIA*. Notwithstanding the bankruptcy proceedings, the challenge



By Jean-Daniel Breton,
Senior Vice-President, Ernst &
Young Inc., Montreal, Quebec

regarding purported preferential payments actually was made in the context of the *CCAA* file, at a time when no plan of arrangement had been presented, and in a situation where it is unlikely that a plan will ever be made. The challenge (“Preference Action”) related to transactions between Aero and Air Canada that occurred in October 2009, the month before the commencement of the foreign main proceedings in the UK and the recognition of these proceedings in Canada under Part IV of the *CCAA*.

The creditors were advised early in the proceedings that the secured creditors would not be paid in full, and that there would be no funds available for distribution to the ordinary unsecured creditors. The bankrupt estate was so devoid of value that the trustee requested and obtained an authorization exempting it from fulfilling various administrative responsibilities under the *BIA*, which in itself is unusual. Although there were no funds in the estate, the trustee undertook the Preference Action against Air Canada at the request — and for the benefit — of the secured creditors, and took the position that the proceeds of the proceedings, if any, would belong to the secured creditors in view of their security.

In response, Air Canada took the position that the proceedings were improper, both because the trustee could not take the Preference Action on behalf of, or as an advocate for, the secured creditors and because the proceedings were taken

Preferential Payments in the Limelight

in the context of the proceedings under the *CCAA* in a situation where no plan has been filed or is likely to be filed, seemingly in conflict with section 36.1 of the *CCAA*. Air Canada also asserted that if the trustee is authorized to take the Preference Action, then any recovery should accrue to the ordinary unsecured creditors, and not to the secured creditors.

III THE DECISION

The *Tucker* decision is not intended to be a final judgment on all issues in dispute in that file, but rather deals with the threshold issue of whether or not the proceedings are invalid to begin with and must be recommenced by the bankruptcy trustee, and indeed whether the trustee is able to take these proceedings at all if the benefit would accrue only to the secured creditors.

The decision does not seem to address directly the first objection raised by Air Canada, namely that it is improper for the trustee to take proceedings as an advocate of, or for the sole benefit of secured creditors. Air Canada's contention was premised upon the provisions of section 13.4 of the *BIA*, which prohibit a trustee from acting for a secured creditor, or even assisting a secured creditor, unless specific steps are taken ahead of time. The decision of Judge Morawetz does not delve into this issue other than by a passing mention of the contentions of the parties, but the Court allows the Preference Action to continue.

The decision in this regard appears based on the fact that only the trustee has the right to recover preferential payments under the *BIA*, and that it is the provisions of the *BIA* that dictate who is entitled to the proceeds — in effect, the Court seems to view this question as one of administration of the provisions of the *BIA*, rather

than as an issue of acting for, or giving assistance to the secured creditor.

On the second objection, the Court decides that, in the context of the *Tucker* case, the proceedings should have been taken under the *BIA* rather than under the *CCAA*; however, from the Court's perspective this does not invalidate the proceedings, and it does not result from this finding that the trustee must recommence the proceedings from square one. The Court applies the principles of the judgment rendered by the Supreme Court of Canada in *re: Ted Leroy Trucking Ltd.*⁹ in concluding that it can make a procedural order to transition the issue of the Preference Action from the *CCAA* to the *BIA*, without a need for the trustee to recommence the process from square one. This finding is interesting and important in view of the possibility of losing recourse through prescription¹⁰.

In its decision, the Court undertakes a detailed analysis of a secured creditor's potential entitlement to the proceeds of a preferential payment recovery. On a cursory reading, we are left with the impression that the Court determines that issue in favour of secured creditors, because of the wording of section 136 of the *BIA* which provides that distributions in a context of a bankruptcy are made "subject to the rights of secured creditors"¹¹.

On closer scrutiny, however, it appears that the Court has decided only one situation definitively, which is that a secured creditor holding a floating charge that has not crystallized should not be entitled to the proceeds of the recovery of a preferential payment. With regards to other types of security, including a security that attaches to the collateral even if it is non-specific and may include future

property (for example, a hypothec on a universality of property pursuant to the *Civil Code of Quebec* or a general security agreement under the *Personal Property Security Act of Ontario*), the Court merely indicates that secured creditors might be entitled to the proceeds of recovery of a preferential payment, but appears to leave this issue for final determination at the subsequent hearing on the substantive issues in the *Tucker* case.

This particular issue of entitlement to the proceeds is by far the most interesting to the insolvency community because of the far reaching impact on administration of estates, but unfortunately the Court does not provide us with a definitive answer — yet. We are left awaiting the further decisions in the *Tucker* case with bated breath. **RS**

(Endnotes)

1. A fuller discussion of the issues raised in this article on the recovery of preferential payments and other reviewable transactions, and the implications of the *BIA* and *CCAA* proceedings, appears in my article in Carswell's *Annual Review of Insolvency Law (2011)*, which is also available in French on CAIRP's website at www.cairp.ca/publication/members-articles/index_fr.php
2. *Tucker v. Aero Inventory (UK) Ltd.*, 2011 CarswellOnt 8476, 2011 ONSC 4223, 80 CBR (5th) 1.
3. *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("BIA").
4. The term reviewable transactions is no longer used in the *BIA*, but is used here generically to describe all types of transactions that may be questioned, voided or annulled in the context of a bankruptcy, such as the recourses described in sections 95 to 101 of the *BIA* and the recourses that may be available to a trustee under provincial law.
5. Section 96 *BIA*
6. Section 101 *BIA*
7. Section 97 *BIA*
8. *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA").
9. *Re: Ted Leroy Trucking [Century Services] Ltd.*, 2010 CarswellBC 3419, 72 C.B.R. (5th) 170, [2010] 3 S.C.R. 379.
10. *Re Edwards*, 2011 CarswellOnt 6139, 2011 ONCA 497, 79 CBR (5th) 264.
11. Section 136(1) of the *BIA*

Pension Benefits & Insolvency Law

KOSKIE MINSKY LLP
BANKRUPTCY & SOLICITORS

20 Queen Street West, Suite 900
Toronto, ON M5H 3R3 Canada
www.kmflaw.ca

Andrew Hatnay Partner
416.595.2083 | ahatnay@kmflaw.ca

Andrea McKinnon Associate
416.595.2150 | amckinnon@kmflaw.ca

Susan Philpott Partner
416.595.2104 | sphilpott@kmflaw.ca

Demetrios Yiolaris Associate
416.595.2130 | dyiolaris@kmflaw.ca

Mark Zigler Managing Partner
416.595.2090 | mzigler@kmflaw.ca

Pleins feux sur les paiements préférentiels

Commentaires sur la décision *Re : Tucker v. Aero Inventory (UK) Ltd.*



Par Jean-Daniel Breton

Vice-président chez Ernst & Young Inc., Montréal, Québec

I INTRODUCTION¹

Le 18 août 2011, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rendu une décision dans l'affaire *Tucker v. Aero Inventory (UK) Ltd.* (*Tucker*)², sur une question se rapportant à un paiement préférentiel allégué et à une procédure en vertu de l'article 95 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)*³. L'affaire est intéressante, car elle soulève une série de questions pratiques ayant trait aux « transactions révisables »⁴, à savoir :

1. Un syndic de faillite est-il habilité à intenter une procédure pour le seul bénéfice des créanciers garantis? Si les créanciers ordinaires, non garantis, ne tirent pas avantage des actions du syndic, celui-ci peut-il être empêché d'intenter un recours?
2. Si un syndic de faillite est habilité à intenter une procédure pour recouvrer des paiements préférentiels, quelle partie devrait bénéficier d'un recouvrement éventuel? Lorsque les paiements préférentiels sont restitués à l'actif, sont-ils encore assujettis à la sûreté d'un créancier garanti et, en conséquence, le produit doit-il être remis à ce créancier?
3. Si le produit d'un paiement préférentiel peut revenir à un créancier garanti en raison de sa sûreté, la situation sera-t-elle la même pour d'autres types de transactions révisables telles que les opérations sous-évaluées⁵, les paiements de dividendes ou le rachat d'actions⁶, ou les autres paiements effectués avant l'ouverture de la faillite⁷?
4. Dans le contexte d'une procédure sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC)*⁸, peut-on intenter une action en recouvrement de paiements préférentiels dans une situation où aucun plan

d'arrangement n'a été établi et ne sera peut-être jamais établi?

5. S'il y a des procédures concurrentes en vertu de la *LFI* et de la *LACC*, doit-on nécessairement intenter une action en recouvrement de paiements préférentiels en vertu de la *LFI*, ou peut-on l'intenter en vertu de la *LACC*?
6. Si le tribunal décide que la procédure aurait dû être intentée en vertu de la *LFI* plutôt qu'en vertu de la *LACC*, la procédure intentée en vertu de la *LACC* est-elle totalement invalide? Le cas échéant, le syndic devra-t-il intenter une toute nouvelle procédure sous le régime de la *LFI*?
7. Si la procédure est intentée dans le contexte d'une proposition en vertu de la *LFI* ou d'un plan d'arrangement en vertu de la *LACC*, quelle devrait être la partie bénéficiaire? Le produit devrait-il revenir aux créanciers garantis en raison de leur sûreté, aux créanciers non garantis ordinaires ou au débiteur?

Ces questions viennent à l'esprit à la lecture de l'affaire *Tucker*, mais la décision ne les traite pas toutes. Les questions les plus importantes analysées par le tribunal, et de loin, sont celles du droit au produit et de la validité de la procédure intentée sous le régime de la *LACC* dans une situation où aucun plan d'arrangement n'a pas été établi et ne sera peut-être jamais établi.

II CONTEXTE DU LITIGE

Cette affaire concerne des procédures concurrentes intentées sous le régime de la *LACC* et de la *LFI*. Plus précisément, une procédure a été intentée au Canada en vertu de la *LACC* pour reconnaître l'instance au Royaume-Uni en tant

qu'instance étrangère principale. La société débitrice, Aero Inventory (UK) Ltd. (Aero), a par la suite été déclarée faillie, à la demande du représentant étranger, pour offrir un moyen de contester les transactions en vertu des articles 95 ou 96 de la *LFI*. Nonobstant la procédure de faillite, la contestation concernant les paiements préférentiels allégués a effectivement été faite dans le contexte du dépôt en vertu de la *LACC*, à une date où aucun plan d'arrangement n'avait été présenté et dans une situation où il est peu probable qu'un plan soit éventuellement présenté. Le litige (l'action en recouvrement de paiements préférentiels) vise des opérations intervenues entre Aero et Air Canada en octobre 2009, un mois avant le début de l'instance principale étrangère au Royaume-Uni et la reconnaissance de cette instance au Canada, en vertu de la partie IV de la *LACC*.

Les créanciers ont été prévenus dès le début de la procédure que les créanciers garantis ne seraient pas remboursés au complet et qu'il n'y aurait pas de fonds à répartir entre les créanciers non garantis ordinaires. L'actif du failli était si dépourvu de valeur que le syndic a demandé et obtenu une autorisation, le dispensant de s'acquitter de diverses responsabilités administratives en vertu de la *LFI*, ce qui est en soi exceptionnel. Malgré l'absence de fonds dans l'actif, le syndic a entrepris l'action en recouvrement de

paiements préférentiels contre Air Canada à la demande — et au bénéfice — des créanciers garantis et il a adopté comme principe que le produit de la procédure, le cas échéant, reviendrait aux créanciers garantis en vertu de leur sûreté.

En réponse, Air Canada a allégué que la procédure était irrégulière (« improper »), à la fois parce que le syndic ne pouvait tenter une action en recouvrement de paiements préférentiels pour le compte des créanciers garantis ou pour défendre leurs droits, et parce que la procédure était intentée dans le contexte d'un dépôt sous le régime de la *LACC* dans une situation où aucun plan n'avait été déposé, ou n'était susceptible d'être déposé, apparemment en contradiction avec le paragraphe 36.1 de la *LACC*. Air Canada affirmait également que si le syndic était autorisé à tenter le recours en recouvrement de paiements préférentiels, tout recouvrement devrait être en faveur des créanciers non garantis ordinaires et non en faveur des créanciers garantis.

III LA DÉCISION

La décision *Tucker* n'est pas censée être un jugement définitif sur toutes les questions en litige dans ce dossier, mais porte plutôt sur la question préjudicielle à savoir si la procédure est invalide d'entrée de jeu et doit être recommencée par le syndic de faillite et, à vrai dire, si le syndic est habilité à tenter cette procédure, si le bénéfice doit en revenir aux seuls créanciers garantis.

La décision ne semble pas répondre directement à la première objection soulevée par Air Canada, à savoir qu'il est irrégulier pour le syndic d'intenter un recours ou de défendre des intérêts pour le seul bénéfice des créanciers garantis. L'argument d'Air Canada s'appuie sur le paragraphe 13.4 de la *LFI*, qui interdit à un syndic d'agir pour le compte d'un créancier garanti, voire même d'aider un créancier garanti, à moins que des mesures particulières soient prises à l'avance. La décision du juge Morawetz n'approfondit pas cette question, si ce n'est qu'en passant en revue les arguments des parties, mais le tribunal autorise la poursuite de l'action en recouvrement des paiements préférentiels. La décision à cet égard semble être fondée sur le fait que seul le syndic a le droit de recouvrer des paiements préférentiels

en vertu de la *LFI* et que ce sont les dispositions de la *LFI* qui déterminent qui a droit au produit du recouvrement. En effet, la Cour semble considérer cette question comme une question d'administration des dispositions de la *LFI* plutôt que comme une question se rapportant au droit d'agir pour le compte du créancier garanti ou de l'aider.

Pour ce qui est de la seconde objection, la Cour statue que, dans le contexte de l'affaire *Tucker*, la procédure aurait dû être intentée en vertu de la *LFI* plutôt qu'en vertu de la *LACC*. Toutefois, du point de vue de la Cour, cela n'invalide pas la procédure et, par conséquent, le syndic n'aura pas à reprendre la procédure à la case départ. La Cour applique les principes de l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ted Leroy Trucking Ltd.*⁹ en concluant qu'elle peut rendre une ordonnance de procédure pour faire passer l'action en recouvrement des paiements préférentiels du régime de la *LACC* à celui de la *LFI*, sans qu'il soit nécessaire pour le syndic de reprendre la procédure à la case départ. Cette conclusion est intéressante et importante, compte tenu du risque de perdre un recours en raison de prescription¹⁰.

Dans sa décision, la Cour entreprend une analyse détaillée du droit éventuel du créancier garanti au produit du recouvrement d'un paiement préférentiel. À première vue, on a l'impression que la Cour statue en faveur des créanciers garantis, en raison du libellé de l'article 136 de la *LFI* qui stipule que les montants réalisés provenant des biens d'un failli sont distribués « sous réserve des droits des créanciers garantis »¹¹.

Toutefois, quand on y regarde de plus près, il appert que la Cour n'a arrêté une décision définitive que dans une seule situation, à savoir qu'un créancier garanti détenant une charge flottante qui ne s'est pas cristallisée ne devrait pas avoir droit au produit du recouvrement d'un paiement préférentiel. En ce qui concerne les autres types de sûreté, y compris une sûreté constituée sur un bien, même si ce bien n'est pas précisé et peut inclure un bien futur (par exemple, une hypothèque sur la totalité d'un bien en vertu du *Code civil du Québec* ou un accord de sûreté général en vertu de la *Loi sur les sûretés mobilières de l'Ontario*), la Cour se contente d'indiquer que les créanciers garantis

pourraient avoir droit au produit du recouvrement du paiement préférentiel, mais semble laisser la décision finale à l'audience subséquente des questions de fond dans l'affaire *Tucker*.

Cette question particulière du droit au produit est de loin la plus intéressante pour le milieu de l'insolvabilité, en raison de l'incidence à long terme sur l'administration de l'actif. Mais malheureusement, la Cour ne nous offre pas de réponse définitive — pour l'instant. Nous attendons les autres décisions dans l'affaire *Tucker* en retenant notre souffle. **RS**

(Notes de fin)

1. On trouvera une analyse plus approfondie des questions soulevées dans le présent article sur le recouvrement des paiements préférentiels et d'autres transactions révisables ainsi que les conséquences des procédures au titre de la *LFI* et de la *LACC* dans mon article paru dans la revue *Carswell, Annual Review of Insolvency Law* (2011), qui est accessible en français sur le site Web de l'ACPIR à www.cairp.ca/publication/members-articles/index_fr.php
2. *Tucker v. Aero Inventory (UK) Ltd.*, 2011 *Carswell, Ont* 8476, 2011 *ONSC* 4223, 80 *CBR* (5th) 1.
3. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, chap. B-3 (*LFI*).
4. L'expression « transactions révisables » n'est plus utilisée dans la *LFI*, mais est utilisée ici au sens général pour décrire tous les types de transactions qui peuvent être contestées, annulées ou invalidées dans le contexte d'une faillite, tels que les recours décrits aux articles 95 à 101 de la *LFI* et les recours qui sont accessibles à un syndic en vertu de la loi provinciale.
5. Article 96 de la *LFI*.
6. Article 101 de la *LFI*.
7. Article 97 de la *LFI*.
8. *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, chap. C-36 (*LACC*).
9. *Re: Ted Leroy Trucking [Century Services] Ltd.*, 2010 *Carswell BC* 3419, 72 *C.B.R.* (5th) 170, [2010] 3 *S.C.R.* 379.
10. *Re Edwards*, 2011 *Carswell Ont* 6139, 2011 *ONCA* 497, 79 *CBR* (5th) 264.
11. Paragraphe 136(1) de la *LFI*.



By Richard Lenthall, Chief Restructuring Officer (CRO) Practitioner, and Jonathan Coltman, Turnaround Partner, KPMG, London, UK

Protect Your Enterprise Value

In this article, Richard Lenthall and Jonathan Coltman of KPMG in the UK argue that, especially in uncertain times, value can be eroded much more easily than it can be generated from new sources. They asked fellow restructuring practitioners for the most common ways in which they have seen businesses erode value, and offer some possible solutions for readers to consider.

A number of our colleagues have been highlighting a shift of priorities in the board room, emphasising how some far-sighted boards are shifting the balance of their focus from value realization and creation to also incorporate value protection on their agenda.

Our view is that enterprise value is driven through three fundamental pillars and that successful businesses consistently view and challenge their activities in this way:

- Value realization — at one level this is maximizing the near-term cash and profit performance from existing operations, at another level it could incorporate a timely or strategic disposal;
- Value creation — the longer-term cash flow and profit generated from enhancing and developing existing assets and new investments; and,
- Value protection — encompasses the level of activity required from the management team to ensure that performance, and hence value, are maintained in the face of market volatility, external events and internal

risks: stakeholders increasingly require assurance that management's actions will protect and consistently deliver value over time.

We have recently seen businesses struggling to address this ongoing period of economic uncertainty (for example: consumer demand patterns, commodity input prices), rising cost bases, market volatility (oil price) and 'left field' shocks (such as the Arab Spring, ash clouds and Japanese tsunami). More crucially, commentators appear united that the ongoing Eurozone debt crisis, an austerity agenda and both the sovereign and personal debt overhang will manifest itself in the European economy as a recession in 2012.

Against such strong headwinds, growing and maintaining value is a constant challenge. Of course, businesses have to strive to bring in new revenues but, put bluntly, protecting what you have already generated deserves equally as much executive attention. Here, KPMG's global restructuring practitioners reveal a number of common issues that they have seen destroy value time and again and the tips to avoid them:

1) Death by a thousand cuts

"Management realize that action is necessary to address declining profitability or to stem losses and put in place plans to make cost reductions. However, they fail to recognize and model the true market dynamics — hoping in effect that revenues will pull performance back on track. The resultant further decline in performance leads to a

requirement to revisit the plan and make further cuts. This cycle often repeats several times, undermining employee morale to the extent that day-to-day performance and customer interactions are affected."

Tip: Implement one cost saving programme and associated cuts — critically appraise where realistic outcomes lie and plan for the worst — not hope for the best. Staff will be more inclined to support difficult decisions if they are well-grounded and effectively communicated. Morale will suffer more if you embark on continuous cost saving programmes and rounds of headcount cuts — you run the risk that you will lose your best people first.

2) Loss of focus on the customer requirements and service

"It is expensive to acquire customers, whether that is measured in terms of marketing and advertising spend, in-store experience or grabbing their attention on the Internet. Once you have engaged your customers, do the absolute utmost to effectively convert that into sales and provide a great experience and service. You quickly lose customers' loyalty when they become frustrated or are mismanaged. Disaffected customers have a disproportionately negative impact on the business."

Tip: Ensure you balance your customer acquisition and customer service budgets. Customer retention becomes more important when demand reduces; therefore, re-balance the budget mix.

3) Price management and pass-through of raw material cost increases to customers

“In the last couple of years this issue has come front and centre to most of our turn-around situations. Commodity demand pressure and rapidly fluctuating global currencies have made this inevitable.”

Tip: Smart companies demonstrate several behaviours — they do not tolerate any lag between taking an input cost increase and passing it on; they ask for more than the input cost strictly suggests, recognizing that there will be both lags and also that some customers won't take the full, or even any, increase; they rigorously manage the detail and verify actions taken, so that sales teams have nowhere to hide, understand the brief, and are held to account for implementation.

4) Communicate openly with employees... at least to a point

“While ‘putting on a brave face’ in front of employees during economic headwinds may feel like the admirable thing to do, it frequently backfires, leading to a fundamental misunderstanding of key priorities and mistrust in senior management.”

Tip: Share concerns with employees about prevailing economic and business risks, and clarify how these concerns should be factored into their ongoing priorities. For instance, if the priority is shifting from longer-term profit maximizing strategies towards shorter-term cash imperatives, make sure

employees are aware enough to behave in accordance with the shift.

5) Continually challenge strategy

“What might have seemed like a good strategy some time ago might be inappropriate now. Likewise, accompanying incentive targets can go out of date just as quickly.”

Tip: Remove strategic planning from the traditional annual cycle and give it a more dynamic place in the governance of the business. Better still; find an independent director who will genuinely challenge the status quo.

6) Focus on the business's core strengths

“Know where your brand / product / service strengths are and what your customers recognize you are good at. Too often the temptation to expand your proposition into too many locations or products can leave the business exposed. In such cases, it is common for overhead structures to expand ahead of profitable revenues with the obvious dilution in profitability.”

Tip: When considering business expansion, apply the SSP test — is the operation Strategic, Significant, and Profitable? And, for good measure, add a further test — is it cash generative? There is a tendency for the “strategic” card to be over-played. Focus on rational justification — not political or emotional desires.

7) Make-or-buy decisions are critical

“Wrongly assessed decisions in this area can lead businesses to lose control of

core activities and fail. The criticality of decisions applies equally to a service as it does to, say, a manufacturing business. The wrong decision or the wrong supplier here can lead to the loss of customers and severe impairment of financial performance.”

Tip: In a challenging market, scalability can be worth more than the headline savings.

8) Increase the level of critique when appraising all initiatives and investments

“This is not status quo and your margins for error (and ability to absorb them) are reduced.”

Tip: Put the politics to one side, involve other areas of your businesses operation in challenging (alongside finance) and thus owning the critical assumptions underpinning the costs and benefits of investments or initiatives. Ensure information is properly evidenced and supported — it will improve delivery and accountability. Also, appraise capex at realistic medium-term cost of capital, not a discount rate that reflects the current, short-term (relatively low) cost of borrowing. Cheap money encourages marginal/bad investment!

9) Over-estimating transaction synergies or the prospects of joint ventures

“Often a desire to do a transformational deal becomes an end in itself and the apparently easy solution to underperformance. Moreover, in difficult markets people can become weary on stalling investments or deals and may “just want to get them over the line”. This is dangerous territory where a management team may have put their reputations on the line — it is a place where independent directors can play a vital role.”

Tip: Beware of brokers and deal-makers bearing gifts. Ensure that the governance around deals contains mechanisms for objective challenge and scrutiny. You need to actively involve people who are confident enough to challenge the group thinking and any inherent desire to please the boss that can emerge around deal making.

10) Clarity of product and market strategies

“Don't assume that a product in one territory or market will be capable of satisfying another's demand. For example, there can be a natural

SWilson Asset Management Services Ltd.

Whether you require the expertise from our provincially appointed Bailiffs to act on your behalf or our associated team at S. Wilson Asset Management Services Ltd., we will help you find the right solution. Our appraisers are certified by the Canadian Personal Property Appraisers Group and will immediately attend to inventory and appraise personal property for:

- Insurance companies/brokers; pre or post loss
- Trustees; receivership, bankruptcy matters
- Lawyers; bankruptcy, divorce, partnership dispute resolution matters
- Accountants; business refinancing, valuations of business assets, donation valuations

We provide detailed reports including digital images and film recording of all goods and chattels as leasehold improvements and if required we prepare and liquidate on or off site, by auction or tender.

www.bailiffsale.com Email: info@bailiffsale.com
Toll free: 1-855-swilson (794-5766) 416-633-1416

BAILIFFS • CERTIFIED APPRAISERS • AUCTIONEERS

tendency to stretch products or services and try to fit them into another situation: what meets market requirements in the USA may not fit with the BRIC markets' requirements."

Tip: Square pegs do not fit easily (sustainably and profitably) into round holes.

So, where does that leave us? What initiatives can corporate executives commit to now to protect value over the coming months? How about these five:

- 1) **Be a catalyst for change and push the difficult decisions** — find an early fix or exit for any areas of the business that are underperforming. Are there areas of your operations or portfolio that hide behind the veil of "strategic importance" or are being held as "critical to day to day activities"? If you curtailed them today would you actually save cash/liquidity when compared to a reasonable downside case?
- 2) **Review what is actually driving your performance and your KPI's.** Make sure that you have the right visibility of the causes of any performance variances — it won't all be down to the market and competition! Be honest about whether the executive team is focused on a common set of

information and really aligned to a common outcome. If not, can you change your operational governance to ensure you gain focus and make more time to concentrate on the key decisions? Is your reporting focused on supporting decision-making or simply counting out the decline? Make sure that the board and management really focus on cash and understand the businesses sources and uses of cash and the underlying drivers.

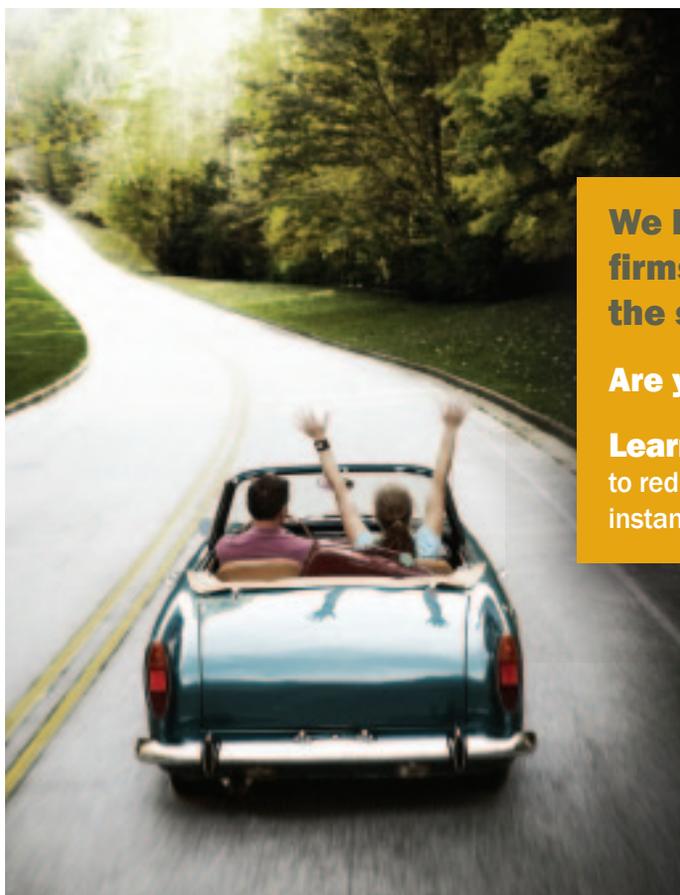
- 3) **Deepen your customer insights and go the extra mile for your existing customers.** How recently did you really "listen" to your customers' feedback and have you taken action in response? The pace of change in most every market is increasing so independent customer insights can be more valuable than ever in helping shape tomorrow's operating models. Revisit how you assess this area — customers are easier and less expensive to retain than to acquire.
- 4) **Make your investment appraisal processes, and your assessment of performance improvement initiatives, more rigorous and robust.** Are you

confident that the market and benefits assessments are truly well-grounded? Be honest whether improvement plans are proceeding to time and, if not, put a rocket under them!

- 5) **Get the right support and level of challenge for your business and management team.** Instigate internal peer group challenge across business areas and activities to support you in confirming that you are either on the right track or that you have an opportunity to better protect or improve value. Honest commercial appraisal through employee forums tend to throw up great insights and is a way of sharing challenges across the business and creating more common cause.

As a final thought, have a go at bashing the bureaucracy and stop doing some things that have been on the agenda for too long! Find 10 non-frontline activities that you no longer need and see if performance is impacted — our experience of this type of action is that it won't be. On the contrary, many people will breathe a sigh of relief! **RS**

Edited for CAIRP by Richard M. Harris, FCA, CA•CIRP, Restructuring Partner, KPMG in Toronto, ON.



We help Bankruptcy & Insolvency firms gain efficiency while ensuring the safeguarding of files...

Are you ready to lower costs & accelerate efficiency?

Learn how trustees use digital document management to reduce their cost-per-file and route documents instantly throughout the firm and its locations.

DOC.IT[®]

Your Paperless Partner

www.Doc-It.com

☎ 888-693-6248 (Ext. 8) ✉ info@doc-it.com

Protégez la valeur de votre entreprise



Par Richard Lenthall et Jonathan Coltman, associés chez KPMG, à Londres, Royaume-Uni

Dans cet article, Richard Lenthall et Jonathan Coltman de KPMG au Royaume Uni font valoir que la valeur des entreprises peut s'éroder beaucoup plus facilement qu'elle ne peut être produite à partir de nouvelles sources, et ce, particulièrement en période d'incertitude. Ils ont interrogé d'autres professionnels de la restructuration en leur demandant de décrire les risques les plus courants d'érosion de la valeur des entreprises et d'offrir aux lecteurs des solutions possibles.

Plusieurs de nos collègues ont noté un changement de priorités parmi les membres de conseils d'administration, et soulignent la manière dont les conseils ayant une vision à long terme, nuancent leur façon de voir les choses, afin d'intégrer la protection de la valeur de l'entreprise à la valeur de réalisation et de création de valeur, à titre d'objectif important pour la survie de l'entreprise.

Notre idée est que la valeur d'une entreprise s'articule autour de trois piliers fondamentaux et que les entreprises prospères voient et remettent constamment en question leurs activités sous cet angle :

- Réalisation de valeur – à un niveau, elle consiste à maximiser les bénéfices en espèces d'une année, à partir des opérations actuelles, et, à un autre niveau, elle pourrait intégrer une aliénation stratégique ou en temps opportun.
- Création de valeur – un flux de trésorerie et bénéfices à plus long terme, produits à partir de l'amélioration et du développement des actifs existants et de nouveaux investissements.

- Protection de la valeur – ce concept embrasse le niveau d'activité requis de l'équipe de direction pour assurer le maintien de la performance et, par conséquent, de la valeur, face à la volatilité du marché, aux événements extérieurs et aux risques internes : les actionnaires exigent de plus en plus l'assurance que les actions de la direction protégeront et produiront de façon cohérente de la valeur, au fil du temps.

Nous avons vu récemment des entreprises lutter pour survivre à la période d'incertitude économique actuelle. Par exemple : les fluctuations de la demande des consommateurs, le prix des matières premières, l'augmentation des coûts de base, la volatilité des marchés le prix du pétrole et les chocs imprévisibles tels le Printemps arabe, les nuages de cendres et le tsunami au Japon. Mais qui plus est, les commentateurs semblent s'accorder pour dire que la crise de la dette dans la zone Euro, l'austérité à l'ordre du jour et tant la dette souveraine que les dettes personnelles suscitent des inquiétudes qui se traduiront par une récession de l'économie européenne en 2012.

Face à des vents contraires d'une telle force, le maintien et l'expansion de la valeur sont un défi constant. Naturellement, les entreprises doivent lutter pour trouver de nouveaux revenus mais, à proprement parler, la protection des biens que vous avez déjà produits mérite tout autant d'attention de la part de la direction. Ici, les professionnels de la restructuration mondiale de KPMG dévoilent plusieurs problèmes communs qui, d'après leur expérience, mènent à une destruction systématique de la

valeur, et ils donnent des conseils pour les éviter :

1) L'asphyxie par des coupures tous azimuts

« La direction réalise que des mesures sont nécessaires pour faire face à la baisse de rentabilité ou pour endiguer les pertes, et elle met en place des plans afin de réduire les coûts. Toutefois, elle ne parvient pas à cerner et à modéliser la véritable dynamique du marché – et espère en fait que les revenus remettront l'entreprise sur les rails. Le déclin qui en résulte dans la performance conduit à l'obligation de remanier le plan et de faire d'autres coupures. Ce cycle se répète souvent plusieurs fois et sape le moral des employés au point que le rendement quotidien et les interactions avec les clients en sont affectés. »

Conseil : Mettez en œuvre un programme d'économies et de compressions connexes – évaluez d'un œil critique et avec réalisme où en sont les résultats et planifiez en vue du pire – sans espérer le meilleur. Le personnel sera plus enclin à appuyer les décisions difficiles si elles sont bien fondées et communiquées de façon efficace. Vous saurez davantage le moral des troupes si vous vous embarquez dans des programmes d'économies et de coupures d'effectif en boucle – car vous courez le risque de perdre d'entrée de jeu vos meilleurs éléments.

2) Manque de concentration sur les besoins des clients et le service à la clientèle

« Il est coûteux de se constituer une clientèle que cela se mesure à l'aune des dépenses en marketing et en publicité, de l'expérience en magasin ou des stratégies

pour attirer l'attention des clients sur Internet. Une fois que vous avez recruté des prospects, faites le maximum pour concrétiser les ventes et leur offrir une expérience de qualité et un service incomparable. Vous perdrez rapidement des clients fidèles s'ils sont mal gérés ou déçus. Des clients dissidents ont une incidence disproportionnée négative sur l'entreprise. »

Conseil : Veillez à équilibrer les budgets d'acquisition de clients et de service à la clientèle. La fidélisation des clients devient plus importante lorsque la demande baisse et, par conséquent, il faut rééquilibrer le budget.

3) Gestion des prix et répercussion de l'augmentation du coût des matières premières sur les consommateurs

« Au cours des deux dernières années, cette question est devenue centrale et figure en tête de la plupart de nos situations de redressement. La pression sur la demande de matières premières et la fluctuation rapide des devises mondiales ont rendu cela inévitable. »

Conseil : Les entreprises intelligentes adoptent plusieurs comportements – elles ne tolèrent aucun décalage entre l'absorption de l'augmentation du coût des intrants et leur répercussion sur les clients; elles ne se contentent d'ailleurs pas de répercuter le coût des intrants, car elles ont conscience qu'il y aura à la fois un décalage et que certains clients n'accepteront pas l'augmentation intégrale, et parfois n'en accepteront aucune; elles gèrent avec rigueur les détails et vérifient les mesures prises, de sorte que les équipes de vente ne puissent se dérober, qu'elles comprennent les consignes et soient tenues de rendre compte de la mise en œuvre.

4) Communiquer ouvertement avec les employés ... du moins jusqu'à un certain point

« Bien qu'afficher un visage imperturbable devant les employés en période de bouleversements économiques puisse sembler une chose admirable à faire, cela vous retombe souvent sur le dos et conduit à une profonde incompréhension des grandes priorités et à une méfiance à l'égard de la haute direction. »

Conseil : Faites part aux employés de vos préoccupations concernant les risques pour l'entreprise et les principales difficu-

tés économiques et précisez-leur comment il y a lieu de prendre en compte dans les priorités courantes. Par exemple, si la priorité est de passer de stratégies de maximisation des bénéfices à plus long terme à des impératifs d'encaisse à court terme, assurez-vous que les employés sont suffisamment informés pour adapter leurs comportements à l'évolution de la situation.

5) Remettre continuellement en question la stratégie

« Ce qui aurait pu sembler comme une bonne stratégie il y a un certain temps peut se révéler inadéquat à l'heure actuelle. De même, les objectifs de motivation connexes peuvent être tout aussi rapidement périmés. »

Conseil : Enlevez la planification stratégique du cycle annuel traditionnel et donnez lui une place plus dynamique au sein de la gouvernance de l'entreprise. Mieux encore, trouvez un administrateur indépendant qui s'attaquera véritablement au statu quo.

6) Mobiliser les forces vives de l'entreprise

« Ayez une bonne connaissance des atouts de votre marque, de votre produit ou de votre service et de ce qui vous permet de vous démarquer aux yeux de vos clients. Trop souvent, la tentation est grande de prendre de l'expansion dans de trop nombreux endroits ou de proposer trop de produits, ce qui peut exposer l'entreprise à des risques. En pareil cas, il est courant

que les superstructures s'étendent au delà des revenus rentables avec une dilution évidente de la rentabilité. »

Conseil : Lorsque vous envisagez l'expansion de l'entreprise, faites le test du SSP – l'opération est elle Stratégique, Significative et Profitable? Et, pour faire bonne mesure, ajoutez une autre question – produira-elle des rentrées de fonds? La tendance est de jouer trop souvent la carte « stratégique ». Mettez l'accent sur la justification rationnelle – plutôt que de rester dans le champ des désirs, de la politique ou des émotions.

7) La décision de fabriquer ou d'acheter est cruciale

« Les décisions mal évaluées à cet égard peuvent conduire les entreprises à perdre la maîtrise de leurs activités de base et à échouer. L'importance critique des décisions est tout aussi valide pour une entreprise de service que pour une entreprise du secteur de la fabrication. Ici, la mauvaise décision ou le mauvais fournisseur peuvent conduire à la perte de clients et nuire au rendement financier. »

Conseil : Dans un marché exigeant, l'extensibilité peut être plus judicieuse que l'épargne des manchettes.

8) Aiguiser votre esprit critique au moment d'évaluer les investissements et les initiatives de l'entreprise

« Il ne s'agit pas du statu quo et votre marge d'erreur (et votre capacité de les absorber) est réduite. »

Conseil : Mettez tous les aspects poli-



CORPORATE & GENERAL
AUCTIONS • LIQUIDATIONS • APPRAISALS

TONY BURNETT, CFP®
ADAM BURNETT, CFP®
TEDDY JAY FEFERMAN, CFP®

**Corporate And General
Liquidators and Auctioneers Inc.**

25 Esna Park Drive
Markham, Ontario L3R 1C9
Tel: (905) 604-2942
Fax: (905) 604-2943
Email info@corporateandgeneral.com
www.corporateandgeneral.com

- Certified Appraisers
- Qualified Staff
- Asset Management
- Great Relations
- Facilities

APPRAISERS • AUCTIONEERS
QUALIFIED • EXPERIENCED • EFFICIENT

Fair Market Value (Business Loans)
Distress Value (Default Loans)
Public Auctions
Orderly Liquidations
Warehouse
Showroom
Storage for Seized Assets and Vehicles
Asset removal • Auction Set up • Auctioneers • Security
Sales and Accounting
Major Financial Institutions • Insolvency Lawyers • Trustees • Receivers • RCMP • OPP • Government Agencies • Plus we have Reliable Bailiffs for Seizures.
Too vast to list, but to mention a few: Restaurants • Office Buildings • Machinery & Plant Equipment • Vehicles/Trucks/Trailers • Printing • Retail Stores • Computing • Film Making • Aerospace Equipment • Plastics/Metal/Woodworking Industries • Medical/Dental/Physiotherapy Equipment • Plus Much More.

Protégez la valeur de votre entreprise

tiques du même côté, faites participer les autres secteurs d'activités de l'entreprise à la remise en question des hypothèses cruciales (aux côtés des finances) et, par conséquent, amenez-les à assumer personnellement les hypothèses qui sous-tendent les coûts et les bénéfices des investissements ou des initiatives. Veillez à ce que l'information soit documentée et étayée comme il se doit – cela améliorera la prestation et la reddition de comptes. Évaluez également le programme d'investissement en estimant le coût du capital de manière réaliste à moyen terme, et non à un taux d'escompte qui reflète le coût d'emprunt courant à court terme (relativement bas). La faible valeur de l'argent encourage les investissements marginaux et désastreux!

9) Surestimation de la synergie des transactions ou du potentiel des coentreprises

« Souvent le désir de conclure l'affaire du siècle devient une fin en soi et cette solution apparemment facile conduit à la sous-performance. En outre, dans les marchés difficiles, les gens peuvent être très inquiets des investissements ou des contrats qui stagnent et ne vouloir « rien d'autre que de les voir franchir la barre ». C'est un terrain dangereux où une équipe de direction peut avoir mis sa réputation en jeu – c'est là que les administrateurs indépendants peuvent jouer un rôle essentiel. »

Conseil : Méfiez-vous des courtiers et des faiseurs d'affaires qui promettent monts et merveilles. Assurez-vous que la gouvernance qui entoure les marchés renferme des mécanismes d'examen et de remise en question objectifs. Il vous faut faire participer activement des gens qui sont suffisamment sûrs d'eux pour contester les idées du groupe et tout désir inhérent de faire plaisir au patron qui peut émerger dans le cadre de la conclusion d'un marché.

10) Clarté des stratégies de positionnement des produits et des marchés

« Ne supposez pas qu'un produit sur un territoire ou un marché donné pourra répondre à la demande d'un autre territoire ou marché. Par exemple, il peut y avoir une tendance naturelle à rétrécir la gamme de produits ou de services et à essayer de les adapter à une autre situation. Ce qui répond aux besoins du marché aux

États Unis ne répondra pas forcément aux besoins des marchés brésilien, russe, indien et chinois (BRIC). »

Conseil : Un boulon carré ne rentre pas facilement (de façon durable et profitable) dans un trou rond.

Alors, ça nous mène à quoi? Quelles initiatives les dirigeants d'une entreprise peuvent-ils lancer maintenant pour protéger la valeur au cours des mois à venir? Que pensez-vous des cinq initiatives suivantes :

1) **Soyez un catalyseur du changement et favorisez les décisions difficiles**

– trouvez une porte de sortie ou un remède en amont pour les secteurs de l'entreprise qui ne performant pas comme il le faudrait. Ces secteurs de vos activités ou de votre portefeuille sont-ils de ceux qui se cachent derrière le voile de « l'importance stratégique » ou sont-ils maintenus parce qu'ils sont « d'importance cruciale dans les activités quotidiennes »? Si vous les faisiez disparaître aujourd'hui épargneriez-vous de l'argent ou des liquidités, comparativement à un programme raisonnable de compression des effectifs?

2) **Examinez ce qui stimule réellement votre rendement et vos indicateurs de rendement clés.**

Assurez-vous que vous avez la bonne visibilité des causes de tout écart de rendement – on ne peut tout mettre sur le compte du marché ou de la concurrence! Soyez honnêtes sur la question de savoir si l'équipe de direction se concentre sur un tronçon commun d'information et si elle est réellement axée sur un résultat commun. Dans le cas contraire, pouvez-vous faire des changements dans votre gouvernance opérationnelle de façon à être plus centré et à consacrer davantage de temps aux décisions cruciales? Les rapports qui vous sont transmis sont-ils axés sur l'appui au processus décisionnel ou simplement sur un compte rendu du déclin? Assurez-vous que le conseil d'administration et la direction mettent réellement l'accent sur l'encaisse et aient une bonne connaissance des sources de l'entreprise ainsi que des utilisations de l'encaisse et des moteurs sous-jacents.

3) **Approfondissez la connaissance de vos clients et ne ménagéz pas vos**

efforts en faveur de votre clientèle existante. Quelle est la dernière fois où vous avez réellement « écouté » la rétroaction de vos clients et où vous avez pris des actions pour y donner suite? Le rythme du changement dans pratiquement tous les marchés va en s'accéléralant de sorte que les idées de clients indépendants peuvent être plus précieuses que jamais pour vous aider à façonner les modèles d'exploitation de demain. Repensez la façon dont vous évaluez cette question – il est plus facile et moins coûteux de retenir les clients que d'en trouver des nouveaux.

4) **Mettez plus de rigueur et de robustesse dans vos procédés d'évaluation de l'investissement et dans votre évaluation des initiatives d'amélioration du rendement.**

Savez-vous si les évaluations du marché et des retombées sont dûment fondées? Examinez honnêtement si les plans d'amélioration sont mis en œuvre à temps et, dans le cas contraire, faites-les décoller le plus rapidement possible!

5) **Obtenez l'appui et le niveau d'émulation adéquats pour votre entreprise et votre équipe de direction.**

Créez une émulation interne entre les groupes de pairs dans les secteurs et les activités de l'entreprise pour vous conforter dans l'idée que vous êtes soit dans la bonne voie, ou que vous avez la possibilité de mieux protéger ou améliorer la valeur. Une évaluation commerciale honnête par l'intermédiaire de forums des employés peut apporter des idées formidables et constitue un moyen de faire partager les difficultés à l'échelle de l'entreprise, tout en créant une cause commune.

Et pour couronner le tout, essayez de vous attaquer à la bureaucratie et arrêtez de faire des choses qui sont à l'ordre du jour depuis trop longtemps! Trouvez dix activités qui ne sont pas de premier plan et dont vous n'avez plus besoin, et déterminez si le rendement en est affecté – notre expérience nous dit qu'il ne le sera pas le cas. Au contraire, beaucoup de gens pousseront un soupir de soulagement! **RS**

Édité pour l'ACPIR par Richard M. Harris, SCA, CA•PAIR, Partenaire de restructuration chez KPGM à Toronto, ON.

CQP Update

Nouvelles du PQC

Implementing the CQP continues to be the driving force in CAIRP's education plans. Over the course of the past year, candidates enrolled in the NIQP were transitioned to the CQP. The last NIQP 301 and 401 exams were written in June. Those candidates qualifying to do so then attempted the last writing of the NIE in October. Successful candidates have earned their CIRP designation and are focused on the Oral Board Examinations.

The remaining candidates and new articling members were enrolled in the new Core Knowledge Course. The first 100% multiple choice online exam for this course was offered in November. The next two exams for the course are being offered in March and September 2012.

Since December, more than 100 candidates, having completed the Core Knowledge Course, moved on to the Applied Knowledge Course. Next step — the CQP National Insolvency Exam (CNIE). Qualified candidates who enrol in the Applied Knowledge Course before the end of March 2012 and successfully complete all course assignments in time will be able to take this exam in October 2012, should they feel ready. We are expecting an unusually higher number of writers for the CNIE in 2012 as a result of the transition from NIQP and the fact that the Core Knowledge Exam is now available twice per year. Higher numbers are also expected for the CNIE Tutorial to be held in September 2012.

The primary focus for the CQP in the year ahead is the creation of a competency-based exam for the CNIE based on the CQP Competency Profile, which outlines those skills or competencies expected of a newly graduated CIRP. In addition, the CQP Committee will direct efforts to building a larger bank of exam questions for the Core Knowledge Course so that exams can be offered on a more frequent basis and on updating the Introductory and other courses that support the CQP Program. **RS**

Les derniers examens du Programme National de Reconnaissance Professionnelle en Insolvabilité (PNRPI) sont terminés et les candidats ont reçu leurs résultats. Les nouveaux CIRP/PAIR – les personnes qui ont réussi l'Examen national sur l'insolvabilité en octobre – se préparent anxieusement aux examens oraux devant jury qui se tiendront au début du printemps 2012. Nos meilleurs vœux vous accompagnent dans cette étape finale du processus d'obtention de la licence de syndic.

Désormais, tous les candidats au programme pour l'obtention de leur titre de PAIR sont inscrits aux nouveaux cours du Programme de qualification (PQC), soit le Cours d'introduction, le Cours de connaissances fondamentales et le Cours de connaissances appliquées. Les étudiants du PNRPI qui font la transition au nouveau programme et qui souhaitent évaluer leurs connaissances se sont inscrits au premier examen à choix multiple du Cours de connaissances fondamentales offert en ligne par l'ACPIR.

L'examen du Cours de connaissances fondamentales est une étape essentielle à franchir avant d'être en mesure de débiter le Cours de connaissances appliqués. Le deuxième examen, reposant uniquement sur le nouveau contenu est prévu pour le printemps 2012.

Bien qu'aucun examen final ne sanctionne le Cours de connaissances appliquées, les candidats doivent mener à bien deux études de cas complexes, l'une sur la faillite de consommateur et l'autre sur la faillite commerciale. Ils doivent également réussir un devoir basé sur la nouvelle matière du cours.

Tout comme pour le Cours de connaissances fondamentales, les candidats doivent être inscrits au Cours de connaissances appliquées depuis au moins six mois et avoir obtenu la note de passage dans tous les devoirs avant d'être éligible à écrire l'Examen national sur l'insolvabilité du PQC (ENIC). L'ENIC sera un examen global destiné à vérifier les connaissances des candidats dans tous les aspects de leurs études, tout en ciblant particulièrement les compétences que doit posséder un PAIR récemment agréé. Le premier ENIC se tiendra à l'automne 2012. **RS**

CAIRP Members Building Better Communities

Les membres de l'ACPIR au service des communautés

In each issue, *Rebuilding Success*, profiles CAIRP members from across Canada who have made a significant contribution to their communities as volunteers. Please let us know how you, or your colleagues, are volunteering. You may send details to: roxanne.labrie@cairp.ca

Dans chaque numéro du magazine *Rebuilding Success*, nous dressons les profils de quelques membres de l'ACPIR qui font un travail remarquable en tant que bénévoles au sein de leur communauté. Si vous êtes un de ceux-là, ou si vous souhaitez proposer un collègue qui travaille comme bénévole, svp envoyez tous les détails à : roxanne.labrie@cairp.ca



Josée Pomerleau, B.A.A., D.E.S.S. Fisc., CIRP, Syndic, chez Lemieux Pomerleaux & Associés Inc., Montréal, Québec, [514-721-3744], est membre depuis 2009 du Conseil des syndics et œuvre à titre de présidente, depuis 2010. Son engagement et son travail auprès de l'organisation s'effectuent sur plusieurs niveaux, tant pour assurer une formation adéquate pour tous les membres, que pour mieux faire connaître le travail des syndics auprès du public et des médias. Elle a entre autre travaillé à la préparation d'une campagne de relation de presse, élaboré une campagne publicitaire et amélioré le site web de l'organisation. Même si le bénévolat est très exigeant au niveau du temps, il est essentiel pour Josée de s'impliquer. Elle est active dans sa communauté depuis l'adolescence où déjà, elle oeuvrait bénévolement dans une caisse populaire pour les étudiants et organisait des dîners communautaires thématiques. Josée considère le travail bénévole comme étant des plus enrichissants au niveau humain. Il lui permet de rencontrer des gens d'exception et d'échanger sur divers sujets et points de vue. «Je me trouve très chanceuse dans la vie et j'ai toujours considéré qu'il était important de redonner à la société. Je suis toujours sortie grandie de toutes mes expériences à titre de bénévole.»

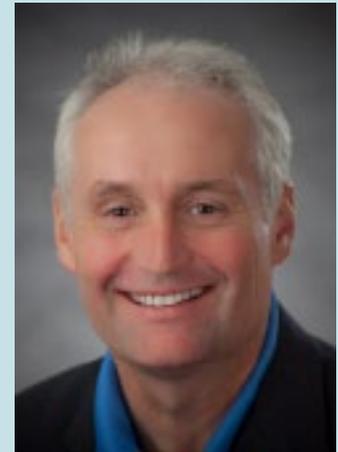
Lucas J. Matsuda, CIRP, PricewaterhouseCoopers Inc, Vancouver, British Columbia, [604-806-7309], has been volunteering a good amount of his time for the past two years as an assistant hockey coach for his son's Atom hockey team. He is also the team's safety person, which requires him to arrive early, make sure the dressing rooms are clean and safe and be the first responder in case of injuries during a game or practice. In conjunction with the team coaches and manager, he aims at not only developing good hockey players but also good citizens. On top of spending most of his weekends in the arenas, Lucas also spent last year leading an after-school band on Friday nights. The band got so good that they were invited to play at the school's 'Breakfast with Santa' and year-end assembly. "Although my schedule doesn't allow me to lead the band again this year, my boys and I still jam in the basement. Music and hockey have always been part of my life. For me to be able to share those activities with my children and the children of our community is a blessing."





Martin Rosenthal, CA, CIRP, Ernst & Young Inc., Montreal, Quebec, [514-879-6549], has been President of the Board of his children's school for the past two years. "I think it is very important for business people to be involved in community organizations or charitable causes and contribute back to communities." And for him, there is no better way to do this than through his children's school because it contributes to the community's children as well as being very valuable for his own children. Actions speak louder than words. "When they see that you are actually spending your time to help strengthen the foundation of their school, they value it more. When they mention my involvement, they say it with a lot of pride!"

Henry Francheville, CIRP, A.C. Poirier & Associates Inc., Moncton, New Brunswick, [506-389-1213], has been a leading volunteer in his community for years, as is evident in his service as past Treasurer and current Board member of the United Way of Greater Moncton and Southern New Brunswick, past President and Treasurer of St. Patrick's Family Center, past Board member of the Moncton Industrial Development Corporation, past Treasurer and Director of federal and provincial riding associations and official agent for candidates in federal and provincial elections. In addition, Henry also found time to coach hockey, football, soccer and basketball for several years. In 2009, he was honoured in Toronto at the national luncheon of his former employer PwC and recognized as Volunteer of the Year for the Atlantic Region. "I am just happy to do what I can and I have always been rewarded by either personal growth or meeting interesting people such that the experience was worthwhile. Like many things, you get what you put into it."



Bonnie Bryan, CIRP, BDO Canada Limited (formerly Perry Krieger & Associates Inc.), Hamilton, Ontario, [905-664-4515], has been involved as a CAIRP volunteer since 2003. She is also member of the Fort Erie Chamber of Commerce and has been coaching and playing for a women's softball team in Stevensville who, she is proud to say, has gone from worst to first place, in the past eight years. Her softball league has also been involved in community service by donating funds and food items to the local St. Vincent DePaul and C.O.P.E charities. As a Trustee in Bankruptcy she tries to bring a caring, empathetic approach to people in her community who are going through a really difficult time in their life. "It does my heart a world of good knowing that I am having a positive impact on the lives of others. I strongly believe in the 'Pay it Forward' concept wherein our treatment of others carries on and contributes to a more positive environment."

Rebuilding Success

Advertisers Index

CAIRP
Rebuilding Success • Rétablir le succès

Aird & Berlis LLP Inside Back Cover www.airdberlis.com	Joiner Sales Corp 32 www.joinersales.com
BDO Canada Limited 38 www.bdo.ca	Koskie Minsky LLP 54 www.kmlaw.ca
CAIRP – Continuing Education 21 www.cairp.ca	KPMG Inc. 31 www.kpmg.ca
CanAm Appraiz Inc. 47 www.canam-appraz.com	Lawson Lundell LLP 25 www.lawsonlundell.com
CCH Canadian Limited 34 www.cch.ca	Lendit Financial 26 www.lenditfinancial.com
Century Services Inc. 16 www.centuryservices.com	McCarthy Tetrault LLP 6 www.mccarthy.ca
Corporate & General Liquidators and Auctioneers 61 www.corporateandgeneral.com	Meyers Norris Penny LLP 35 www.mnp.ca
Corporate Assets Inc. 13 www.corpassets.com	Miller Thomson LLP 36 www.millertomson.com
D + H 10 www.dhltd.com	Morgan & Partners Inc. 47 www.morgantrustees.com
Doc.It 59 www.doc-it.com	Motor Vehicle Dealers Compensation Fund 14 www.omvic.on.ca
Ernst & Young LLP 3 www.ey.com	North City General Insurance Brokers Ltd. 39 www.northcity.ca
Firstbrook, Cassie & Anderson Ltd. 4 www.fcainsurance.com	Platinum Asset Services 28 www.platinumassets.com
Fraser Milner Casgrain LLP 9 www.fmc-law.com	Promeric Technologies Inc. 50 www.promeric.com
Goodmans, LLP 5 www.goodmans.ca	S. Wilson & Co. Bailiffs Limited 19 www.bailiffsale.com
Gowling Lafleur Henderson LLP Outside Back Cover www.gowlings.com	S. Wilson Asset Management Services Ltd. 58 www.bailiffsale.com
Grant Thornton 29 www.GrantThornton.ca	Siskinds LLP 49 www.siskinds.com
Hillmount Capital Inc. 46 www.hillmount.ca	Thornton Grout Finnigan LLP Inside Front Cover www.tgf.ca
Infinity Asset Solutions Inc. 43 www.infassets.com	



Innovative legal counsel everywhere you go

Look carefully at a mid-market deal, and you'll probably find the legal expertise of the Aird & Berlis LLP Financial Services, Insolvency and Restructuring Group.

With broad insolvency knowledge and extensive relations with major financial institutions, A&B has emerged as a leader in the mid-market insolvency area in only a few short years.

Count on us to resolve your complex bankruptcy and insolvency issues.

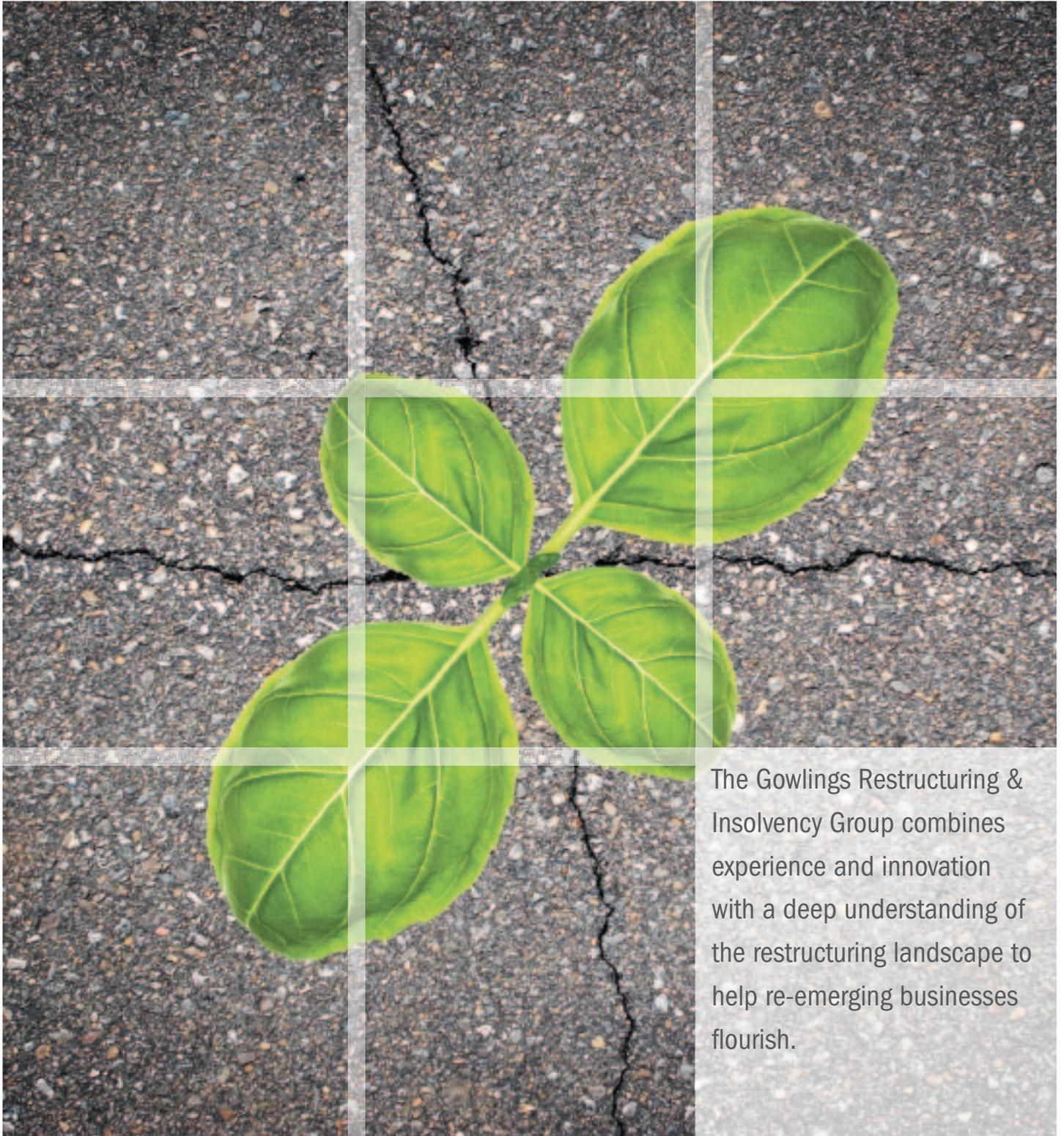
AIRD & BERLIS LLP

Barristers and Solicitors

Brookfield Place, 181 Bay Street
Suite 1800, Box 754, Toronto, ON M5J 2T9
T 416.863.1500 F 416.863.1515

www.airdberlis.com

renew with confidence



The Gowlings Restructuring & Insolvency Group combines experience and innovation with a deep understanding of the restructuring landscape to help re-emerging businesses flourish.

- One of the largest law firms in Canada
- 750+ legal professionals across 10 offices worldwide
- 82 of *The Best Lawyers in Canada* in 38 practice areas

gowlings

Gowling Lafleur Henderson LLP • Lawyers • Patent and Trade-mark Agents

montréal • ottawa • toronto • hamilton • waterloo region • calgary • vancouver • beijing • moscow • london • gowlings.com