

CANADA

COUR SUPÉRIEURE  
(Chambre commerciale)

PROVINCE DE QUÉBEC  
DISTRICT DE MONTRÉAL

Nº: 500-11-040900-116

DANS L'AFFAIRE DE LA LOI SUR  
LES ARRANGEMENTS AVEC LES  
CRÉANCIERS DES COMPAGNIES,  
R.S.C. 1985, c. C-36, telle qu'amendée

KITCO METALS INC.

Requérante

-et-

RICHTER ADVISORY GROUP INC.

Contrôleur

-et-

HERAEUS METALS NEW YORK  
LLC

Intimée

**DÉFENSE DE HERAEUS METALS NEW YORK LLC À L'ENCONTRE DE  
L'APPLICATION FOR A DECLARATORY JUDGMENT REGARDING THE  
CURRENCY CONVERSION RATE APPLICABLE TO THE CLAIM OF  
HERAEUS METALS NEW YORK LLC**

**AU SOUTIEN DE SA DÉFENSE À L'ENCONTRE DE L'APPLICATION FOR A  
DECLARATORY JUDGMENT REGARDING THE CURRENCY CONVERSION RATE  
APPLICABLE TO THE CLAIM OF HERAEUS METALS NEW YORK LLC, L'INTIMÉE,  
HERAEUS METALS NEW YORK LLC, EXPOSE RESPECTUEUSEMENT CE QUI  
SUIT :**

1. Elle nie les paragraphes 4, 10, 16 à 21 et 24 de la requête;
2. Elle ignore les paragraphes 8, 22 et 23 de la requête;
3. Elle admet les paragraphes 1 à 3, 5 à 7, 11, 12, 14 et 15 de la requête;

4. Elle nie tel que rédigé le paragraphe 13 de la requête;

**ET PLAIDANT D'ABONDANT, L'INTIMÉE AJOUTE CE QUI SUIT :**

**Introduction**

5. Le présent litige s'inscrit dans le cadre bien particulier d'une restructuration qui n'en est pas une, d'un recours à la LFI et à la LACC destiné uniquement à freiner et à obtenir mainlevée des saisies exorbitantes pratiquées par des créancières dont les créances ont toujours été incertaines. Kitco Metals Inc. (« **Kitco** ») a toujours été solvable si ce n'est des présomptions légales tout aussi exorbitantes quant à l'exigibilité et au quantum des créances des Agences;
6. Le « *Order approving a process to solicit claims and for the establishment of a claims bar date* » du 18 avril 2012 (le « **Bar Date Order** ») n'était qu'une étape introductive devant mener à l'élaboration d'un Plan au cours de laquelle le taux de conversion serait convenu avec les principaux créanciers, sinon proposé et soumis au vote des créanciers et, ultimement, à l'approbation de la Cour lors de l'analyse du caractère juste et raisonnable du Plan;
7. L'article 43 CCAA et le *Bar Date Order* ne sauraient autoriser une débitrice solvable à imposer un taux de change désuet afin d'éteindre des créances en devises étrangères, sans Plan, six ans après le début des procédures;
8. Kitco prétend que la créance actuelle de Heraeus est limitée à \$1,318,325. Heraeus soutient plutôt qu'il lui est toujours dû USD\$2,037,077. La différence est importante;

**La réclamation de Heraeus Metals New York LLC (« Heraeus »)**

9. Tel qu'il appert de la preuve de réclamation d'Heraeus du 20 juillet 2012 (pièce R-2), la réclamation originale de USD\$5,080,089 est composée de deux créances, soit une balance de prix de vente au montant de US\$375,600 et une créance de US\$4,704,489 résultant d'une cession de créance intervenue le 20 juillet 2012 (le « *Assignment of Claim* » joint à la preuve de réclamation) soit bien après le début des procédures sous la LACC instituées au mois de juillet 2011 et le *Bar Date Order* du 18 avril 2012 :

*ASSIGNMENT OF CLAIM entered into as of July 20, 2012 (the "Agreement") [...]*

*WHEREAS, the Debtor owes to the Assignor an aggregate amount of US\$10,209,682.62, in principal and interest (the "KMI Debt") [...]*

WHEREAS upon the terms of this Agreement, the Assignor agrees to assign to the Assignee a portion of the KMI Debt in the amount of US\$4,704,489 (the "Assigned Claim") [...]

#### 1. Acknowledgements

1.1 The Debtor acknowledges that the KMI Debt is due and owing to the Assignor without any reduction, restriction, set-off rights or otherwise, and that, following the assignment of the Assigned Claim to the Assignee, the Assigned Claim will be owing to the Assignee [...]

10. Les parties ont convenu le 20 juillet 2012 que le montant cédé était bien US\$4,704,489 et non un montant moindre exprimé en dollars canadiens résultant d'une conversion artificielle à un taux de change vieux de treize mois;

#### Le Acknowledgement Agreement du 8 août 2016

11. Au cours de l'été 2016, les procureurs des parties ont eu des discussions relativement au remboursement par Kitco à sa compagnie soeur, Kitco International Limited (« KIL »), de la KMI Debt dont il est question dans le *Assignment of Claim* du 20 juillet 2012. Évidemment, Heraeus s'est empressée de rendre ce remboursement conditionnel au remboursement complet de sa propre créance, ce qui mena au *Acknowledgement Agreement* du 8 août 2016 ( pièce R-3);
12. En l'absence de Plan, c'était donc la première fois en cinq ans que le remboursement intégral de la créance de Heraeus était formellement discuté et qu'il devenait pertinent de discuter du solde exact de la créance et par ricochet du taux de change applicable;
13. Certains passages pertinents du *Acknowledgment Agreement* sont reproduits ci-après :

#### *"1.2 Transactions*

*The parties agree and accept that the following transactions take place on or prior to August 19, 2016:*

- a) *Payment by Kitco to Heraeus of an amount of CAD\$1,229,362 as payment of a portion of its claim, which includes an amount of CAD\$1,138,487 as repayment of a portion of the Assigned Claim (the "August 2016 Payment").*
- b) *Payment of the Upstream Loan by Kitco to KIL.*

### 1.3 Heraeus' claim

*The parties are in disagreement about the outstanding amount owed to Heraeus due to the applicable currency conversion rate, but they agree to postpone the resolution of these issues to a later date. In that respect, regardless of any of Kitco's personal accounting book entries, the parties agree and acknowledge that the payment of the Upstream Loan and ancillary transactions are without admission nor prejudice to Heraeus' alleged right to claim the full amount of its outstanding claim, including the amount owed to it by KIL, and to the rights of Kitco and KIL to contest same."*

14. La clause 1.3 de cette entente est précisément une renonciation de Kitco à invoquer une *fin de non-recevoir*. Kitco a reconnu que Heraeus pourrait faire valoir ses prétentions à l'égard du taux de change applicable tout en en se conservant la faculté de les contester sur le fond. Prétendre le contraire serait enlevé toute utilité à la clause 1.3;
15. S'il va de soi que les paiements effectués par Kitco en cours de restructuration ont eu pour effet de réduire le quantum des créances, Heraeus n'a fait aucune admission quant au solde définitif de sa créance ni expressément ni tacitement;

### La chose jugée

16. Si des paiements peuvent être effectués hors Plan dans un processus entrepris sous la LACC, aucune disposition de la LACC ni l'esprit de cette loi ne permet à une débitrice d'imposer unilatéralement un compromis ou une réduction de ses créances sans un Plan dûment approuvé par les créanciers. De trois situations l'une : 1- aucun Plan n'est déposé et les créances des créanciers ne sont affectées d'aucune façon, ni quant aux intérêts *post-filing* ni quant au taux de change applicable; 2- un Plan traitant spécifiquement des intérêts et du taux de change est approuvé; ou 3- Kitco fait cession de ses biens et les créances seront déterminées au jour de la faillite, avec intérêts accumulés et taux de change alors en vigueur;
17. Kitco justifie sa position en invoquant l'article 43 LACC et le *Bar Date Order*;
18. Or, de par ses termes, le *Bar Date Order* n'a pas la portée que Kitco lui prête. Le seul véritable objectif de cette ordonnance succincte était d'imposer une date limite (*claims bar date*) aux créanciers potentiels pour le dépôt de leurs preuves de réclamation;

19. Il est d'ailleurs spécifiquement ordonné qu'une nouvelle ordonnance serait nécessaire afin d'établir précisément les réclamations:

*« [7] ORDERS that the applicable procedures for reviewing and determining Claims and for calling, holding and conducting the Creditors' Meeting shall be established by further Order of the Court. Notice of such procedures shall be provided to the service list in these proceedings and to the Creditors who have timely filed a Proof of Claim in accordance with the terms hereof; »*

20. Le *Bar Date Order* contient également une ordonnance accessoire quant au taux de conversion et dont l'application était limitée aux fins du *Bar Date Order* :

*[13] ORDERS that for the purposes of this Order, all Claims that are denominated in a foreign currency shall be converted to Canadian dollars at the Bank of Canada noon spot rate of exchange for exchanging currency to Canadian dollars on the Determination Date;*

21. L'ordonnance ne visait donc qu'à permettre d'identifier sommairement les réclamations potentielles à un taux de change uniforme afin de permettre à Kitco et au Contrôleur d'avoir un portrait général de la situation. Comme dans tous les dossiers, le quantum exact et la validité des réclamations ne seraient déterminés et connus qu'en temps utile;
22. Le *Claims Bar Order* n'a pas été rendu en avril 2012 par anticipation pour encadrer une distribution prochaine ni pour faciliter l'élaboration d'un arrangement. Ce n'est que deux ans plus tard au mois d'avril 2014, suite à l'insistance et aux représentations d'Heraeus, que la Cour autorisa un premier paiement partiel aux créanciers, en grande partie financé par le produit de la vente par Kitco d'actifs excédentaires un an plus tôt;
23. Tel que précisé, cette ordonnance n'a pas et ne visait donc pas à déterminer le montant exact des réclamations aux fins de vote et distribution aux créanciers, ni à fixer un taux de change permanent s'appliquant à toute réclamation visée par des distributions hypothétiques. La détermination finale des montants dus, y compris le taux de change applicable, ne pouvait se faire qu'au terme (1) d'une procédure ultérieure suivie d'une nouvelle ordonnance de la Cour de type « *claims resolution order* » et/ou (2) d'un Plan traitant du compromis des créances et du taux de conversion proposés;
24. Dans le présent dossier de « fausse » restructuration où le dépôt d'un Plan continue d'être constamment reporté depuis 2011, il apparaît évident que le

recours à la LACC n'était qu'un outil de défense dans le litige purement privé qui oppose Kitco aux Agences. Les créanciers furent pris en otage dans ce dossier et Kitco ne saurait utiliser une ordonnance préliminaire purement accessoire à des fins détournées pour régler unilatéralement à rabais ses dettes des années plus tard;

25. Le *Bar Date Order* ne constitue pas une autorisation à ne pas déposer de Plan et ainsi permettre une confiscation de valeur sans le consentement des créanciers visés;
26. Enfin, comme dans toute restructuration, les preuves de réclamation déposées demeurent toujours sujettes à modification et peuvent être amendées en tout temps;
27. Aucun des jugements qui autorisèrent les remboursements partiels n'ont statué sur les soldes des créances ni sur le taux de change applicable;
28. En conclusion, il ne saurait donc y avoir chose jugée quant à la question du taux de change applicable comme le suggère Kitco;

### L'article 43 LACC

29. L'article 43 LACC n'est pas plus concluant :

*« 43. [Créances en monnaies étrangères] Dans le cas où une transaction ou un arrangement est proposé à l'égard d'une compagnie débitrice, la réclamation visant une créance en devises étrangères doit être convertie en monnaie canadienne au taux en vigueur à la date de la demande initiale, sauf disposition contraire de la transaction ou de l'arrangement. »*

30. D'abord, cette disposition ne s'appliquerait que dans l'éventualité où un Plan était rédigé et soumis aux créanciers;
31. De plus, le taux de change en vigueur au 8 juin 2011 ne s'imposerait alors que par défaut et uniquement si le Plan était silencieux à cet égard. Comme Heraeus serait en position de contrôler le vote, il s'ensuit qu'un Plan éventuel stipulerait nécessairement un taux réaliste, adapté entre autres aux délais du présent dossier, et qui aurait été négocié au préalable avec Heraeus;

### L'approche proposée par Heraeus

32. Kitco prétend que la créance actuelle de Heraeus est limitée à \$1,318,325. Heraeus soutient plutôt qu'il lui est toujours dû USD\$2,037,077 en capital;
33. En l'absence de Plan ou de faillite, Heraeus avait et conserve le droit d'utiliser le taux de change qui lui est favorable selon un principe unanimement reconnu par la jurisprudence. Qu'il suffise de citer les extraits suivants :

*« Si sa réclamation est reconnue comme justifiée, il peut bénéficier de la date qui lui semble la plus favorable. Après tout, le débiteur pouvait toujours payer plus tôt. » - « Il semble en effet que lorsque le créancier a fait preuve de diligence normale, il doit être préféré au débiteur. » - « The method of conversion which satisfies the "favour creditor principle" was approved by the Court of Appeal and applied by this Court. Ms. Yang is entitled to choose the date of conversion which is most favourable to her. »*

34. Heraeus a simplement maintenu sa créance en USD, laquelle fut réduite à chaque paiement en dollars canadiens d'un montant équivalent en USD, en utilisant le taux de change alors en vigueur au jour de chaque paiement. Heraeus requiert que cette méthode s'applique également pour les remboursements futurs;
35. Heraeus n'a pas été négligente et n'a pas choisi d'être payée en plusieurs versements échelonnés sur six ans sinon plus. Un seul taux de change ne serait donc pas approprié pour l'entièreté de la dette. La méthode suggérée est donc juste et équitable. Elle ne permet pas à Heraeus d'obtenir plus que sa créance initiale, seulement le remboursement exact de sa créance initiale en USD;
36. Le tableau qui suit illustre bien la méthode employée et le solde de la créance de Heraeus :

<u>Date</u>	<u>Description</u>	<u>USD</u>	<u>CAD</u>	<u>Rate</u>
6/8/2011	Initial Claim	5,080,089.00		
5/12/2014	Payment 1	(1,595,480.41)	(1,738,914.10)	- 0.918
8/25/2016	Payment 2	(943,414.85)	(1,229,412.00)	- 0.767
11/22/2016	Payment 3	(504,116.24)	(681,674.04)	- 0.740
	Balance Due:	2,037,077.50		

### Le traitement des autres créanciers

37. S'il existe d'autres créanciers détenant des créances en USD, il leur est toujours possible de faire valoir leurs droits;
38. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence est unanime à l'effet que les créanciers d'une même classe n'ont pas à être traités également, mais équitablement. En l'espèce, si ce n'était du rôle joué par Heraeus au cours de la restructuration, les créanciers ne seraient probablement pas encore payés aujourd'hui. Pour cette simple raison, il serait justifié de traiter Heraeus différemment;
39. La réclamation d'Heraeus ne saurait dépendre du traitement offert aux autres créanciers qui, par ignorance ou par choix, ont choisi de tourner la page au fil des ans;

### Les intérêts

40. Heraeus entend également faire valoir en temps opportun qu'elle a droit aux intérêts accumulés sur sa créance depuis le 8 juin 2011;
41. Le paiement d'intérêts accumulés *post-filing* est permis dans les dossiers entrepris sous la LACC et serait un élément négocié dans toute restructuration comportant un plan d'arrangement, *a fortiori* en l'absence de plan.

### **PAR CES MOTIFS, PLAISE À LA COUR :**

**ACCUEILLIR** la présente Défense;

**REJETER** l'*Application for a declaratory judgment regarding the currency conversion rate applicable to the claim of Heraeus Metals New York LLC*;

**DÉCLARER** que la créance en capital de Heraeus Metals New York LLC s'établit à USD\$2,037,077;

**LE TOUT** avec dépens.

Montréal, le 13 janvier 2017

*Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l.*  
**STIKEMAN ELLIOTT S.E.N.C.R.L., s.r.l.**  
 Avocats de l'Intimée

COUR SUPÉRIEURE  
(Chambre commerciale)

---

N° . 500-11-040900-116

---

CANADA  
PROVINCE DE QUÉBEC  
DISTRICT DE MONTRÉAL

---

KITCO METALS INC.

Requérante

- et -

RICHTER ADVISORY GROUP INC.

Contrôleur

- et -

HERAEUS METALS NEW YORK LLC

Intimée

BS0350

n/dos.: 131022-1001

---

DÉFENSE DE HERAEUS METALS NEW YORK  
LLC A L'ENCONTRE DE L'APPLICATION FOR  
A DECLARATORY JUDGMENT REGARDING  
THE CURRENCY CONVERSION RATE  
APPLICABLE TO THE CLAIM OF HERAEUS  
METALS NEW YORK LLC

---

ORIGINAL

Me C. Jean Fontaine

514-397-3337

Fax : 514-397-3487

STIKEMAN ELLIOTT

Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l. AVOCATS

40<sup>e</sup> Étage

1155, boul. René-Lévesque Ouest  
Montréal, Canada H3B 3V2