

DROIT DE LA FAILLITE ET DE LA RESTRUCTURATION

Introduction	219
<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)</i>	219
Proposition en vertu de la LFI	222
<i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC)</i>	224

Par Jamey Gage



DROIT DE LA FAILLITE ET DE LA RESTRUCTURATION

Introduction

Au Canada, les procédures d'insolvabilité peuvent prendre plusieurs formes différentes. Toutefois, lorsqu'une société devient insolvable, deux options sont généralement disponibles : i) restructurer les activités de la société, soit par le biais d'un compromis sur son passif, soit par une vente en vue de la continuité d'activité, ou ii) liquider les actifs de la société au profit de ses créanciers.

En vertu du droit constitutionnel canadien, le gouvernement fédéral exerce un contrôle législatif exclusif sur les questions de faillite et d'insolvabilité, et plusieurs régimes législatifs existent pour tenter des procédures de restructuration ou de liquidation d'une société. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI) et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) sont les deux lois fédérales les plus couramment invoquées à ces fins. La LFI prévoit à la fois des restructurations (au moyen des propositions faites aux termes de la LFI) et des liquidations (au moyen des faillites) d'entreprises insolvable, tandis que la LACC est utilisée principalement dans le cadre de restructuration d'entreprises plus complexes, bien qu'elle puisse également être utilisée pour effectuer une liquidation.

LORSQU'UNE SOCIÉTÉ DEVIENT INSOLVABLE, DEUX OPTIONS SONT GÉNÉRALEMENT DISPONIBLES :
I) VENDRE EN TANT QU'ENTREPRISE EN EXPLOITATION OU LIQUIDER LES ACTIFS DE LA SOCIÉTÉ AU PROFIT DE SES CRÉANCIERS, OU
II) RESTRUCTURER LES ACTIVITÉS DE LA SOCIÉTÉ.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)

Droit de la faillite

Le terme « faillite » désigne une procédure formelle prévue par la LFI qui permet à un syndic autorisé en insolvabilité de liquider les actifs d'un débiteur, de déterminer les réclamations des créanciers et de distribuer le produit de la liquidation à ces derniers. Une faillite peut être volontaire ou involontaire, et peut concerner toute personne insolvable ayant une activité, des actifs ou qui fait affaire au Canada, à l'exception des banques, des sociétés d'assurance et des sociétés de fiducie ou de prêt,

pour lesquelles il existe d'autres lois fédérales sur l'insolvabilité (p. ex. la *Loi sur les liquidations et les restructurations*).

Faillite volontaire

En vertu de la LFI, une faillite volontaire commence lorsqu'un débiteur dépose une cession en faillite auprès du Bureau du surintendant des faillites (BSF).

Faillite involontaire

En vertu de la LFI, une faillite involontaire commence lorsqu'un créancier ayant une créance d'au moins 1 000 \$ CA dépose auprès du tribunal une ordonnance de faillite à l'encontre du débiteur. Cette procédure est engagée au nom de tous les créanciers, même si un seul créancier peut faire la demande. Pour obtenir une ordonnance de faillite, le créancier doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le débiteur lui doit au moins 1 000 \$ CA sans garantie, et que ce dernier a commis un « acte de faillite » au cours des six mois précédant le dépôt de la demande. L'acte de faillite le plus couramment reproché est celui d'un débiteur qui ne parvient pas à honorer ses obligations à échéance.

En plus d'être mis en faillite suite à une ordonnance du tribunal rendue à la demande d'un créancier, un débiteur peut également être mis en faillite en vertu de la LFI si sa proposition (présentée ci-dessous) est rejetée par ses créanciers non garantis ou n'est pas approuvée par le tribunal. La proposition peut également échouer et entraîner la faillite du débiteur, si ce dernier ne respecte pas les modalités de la proposition, ou s'il ne remplit pas ses obligations en vertu de la LFI.

Syndic de faillite et son rôle

Que la faillite soit volontaire ou involontaire, l'effet est le même : les actifs du débiteur sont automatiquement dévolus au syndic de faillite, sous réserve des droits des créanciers garantis, des demandeurs au titre de la fiducie et des fournisseurs devant être payés dans les 30 jours. Un syndic de faillite doit être un syndic autorisé en insolvabilité (SAI), c'est-à-dire un professionnel de l'insolvabilité ou un cabinet auquel le BSF a accordé une licence.

Le syndic accomplit de nombreuses tâches, dont la plus importante est de liquider les actifs du débiteur au profit de ses créanciers. En outre, le syndic doit également administrer les réclamations déposées à l'égard des biens de la faillite conformément aux dispositions pertinentes de la LFI. S'il y a lieu, le syndic peut également enquêter sur les affaires du

débiteur, afin de déterminer s'il a effectué des transferts frauduleux, des préférences, des transferts sous-évalués ou des dividendes illégaux avant la faillite.

Les créanciers se réunissent généralement peu de temps après la faillite du débiteur, et ont le droit de nommer un groupe de cinq personnes au maximum, appelées « inspecteurs » pour travailler avec le syndic et le superviser. Avec l'approbation des inspecteurs, le syndic peut vendre les actifs du débiteur.

Une société ne peut être libérée de la faillite, que lorsque toutes les réclamations justifiées à son encontre ont été réglées, ce qui peut se produire par un paiement intégral ou conformément à une proposition en vertu de la LFI qui a été acceptée.

Suspension des procédures

Dès l'ouverture de la procédure de faillite du débiteur, les créanciers non garantis bénéficient automatiquement de la suspension des procédures, ce qui évite qu'ils ne fassent valoir leurs droits à l'encontre du débiteur ou de ses biens. Cependant, la suspension n'affecte pas les créanciers garantis, qui sont généralement libres d'exécuter leur sûreté en dehors de la procédure de faillite, sauf ordonnance contraire du tribunal (ce qui est extrêmement rare).

Restructuration : Proposition en vertu de la LFI et ventes en vue de la continuité d'activité

Les dispositions relatives aux restructurations contenues dans la LFI (comparativement à la LACC) sont le plus souvent utilisées pour les petites entreprises moins complexes. Cela signifie que les petites et moyennes entreprises ont tendance à utiliser la procédure de la LFI plutôt que celle de la LACC (dont il est question ci-dessous), afin de restructurer leurs obligations envers les créanciers ou de procéder à une vente en vue de la continuité d'activité. Pour effectuer une telle restructuration, le débiteur dépose une proposition (p. ex. son plan de restructuration) ou un avis d'intention de faire une proposition.

Lorsque le débiteur dépose l'avis d'intention ou la proposition elle-même, la LFI impose une suspension des procédures afin d'empêcher les créanciers d'exercer leurs recours contre les biens du débiteur, ou de continuer les poursuites judiciaires visant à recouvrer les créances pouvant être prouvées dans le cadre d'une faillite. Les termes spécifiques de la suspension sont énoncés dans la LFI. Les dispositions des conventions

de garantie établissant que le débiteur cesse d'avoir le droit d'utiliser les biens donnés en garantie en cas d'insolvabilité ou de dépôt d'un avis d'intention sont sans effet. La LFI prévoit en outre qu'au dépôt d'un avis d'intention ou d'une proposition, personne ne peut résilier ou modifier tout accord avec la personne insolvable ni réclamer un paiement accéléré en vertu d'un accord avec la personne insolvable uniquement parce que la personne est insolvable ou qu'elle a déposé un avis d'intention ou une proposition. Le tribunal peut lever la suspension d'une restructuration aux termes de la LFI si le créancier est en mesure de démontrer que la suspension lui causera un « préjudice important », ou lorsque l'équité le justifie pour d'autres motifs.

Il est plus habituel pour un débiteur d'entamer la procédure en déposant un avis d'intention plutôt qu'en déposant immédiatement une proposition. Si le débiteur dépose un avis d'intention, une copie du consentement écrit accordé par un SAI, et acceptant d'agir à titre de syndic dans le cadre de la procédure de proposition, doit être jointe à l'avis d'intention. Si un avis d'intention est déposé, le débiteur doit produire des états de l'évolution de la situation financière de son entreprise dans un délai de 10 jours, et doit déposer sa proposition dans un délai de 30 jours (sauf si le délai est prolongé). Le tribunal peut prolonger le délai pour le dépôt d'une proposition pour un maximum de cinq mois supplémentaires, mais il ne peut accorder que des prolongations pour une durée maximale de 45 jours à la fois.

Pendant la procédure, le débiteur poursuit ses affaires courantes, sous le contrôle du syndic agissant dans le cadre de la proposition et sous la supervision du tribunal.

Proposition en vertu de la LFI

Au cours de la procédure de proposition fondée sur la LFI, le débiteur peut présenter une proposition à ses créanciers. La LFI exige certaines conditions dans la proposition pour que le tribunal l'approuve, notamment : i) le paiement des réclamations privilégiées (comme certains types de réclamations concernant les membres du personnel) en priorité sur les réclamations des créanciers chirographaires; ii) le paiement de tous les honoraires et de toutes les dépenses convenables du syndic se rapportant à la proposition concernant les procédures; iii) le paiement de certaines remises d'impôts, telles que les retenues à la source des membres du personnel, dans un délai de six mois à compter de l'approbation de la proposition; et iv) le paiement au syndic

agissant dans le cadre de la proposition de toute contrepartie payable en vertu de la proposition, en vue de sa distribution aux créanciers.

Le débiteur doit généralement faire une proposition aux créanciers non garantis, soit en prévoyant le regroupement de tous les créanciers non garantis dans une même catégorie, soit en précisant diverses catégories de créanciers non garantis. Une proposition peut aussi être faite aux créanciers garantis à l'égard de toute catégorie de créances garanties. Une proposition qui prévoit le paiement des réclamations relatives aux capitaux propres ne peut pas être approuvée par le tribunal, à moins qu'elle ne prévoit le paiement intégral de toutes les réclamations qui ne sont pas relatives aux capitaux propres.

Une proposition est réputée acceptée par les créanciers si toutes les catégories de créanciers non garantis votent en faveur de l'acceptation de la proposition à « double majorité » — c'est-à-dire une majorité en nombre de créanciers non garantis détenant au moins les deux tiers de la valeur des créances dans chaque catégorie (autres que les réclamations relatives aux capitaux propres). Les parties liées au débiteur ne peuvent pas voter en faveur de la proposition. En pratique, la proposition ne s'adresse habituellement qu'aux créanciers non garantis. Les créanciers garantis font généralement l'objet de négociations individuelles, puisqu'il doit y avoir une homogénéité d'intérêts entre les créanciers regroupés en catégorie, et que ces derniers sont rarement nombreux à pouvoir être regroupés sur cette base. Par conséquent, il est souvent peu utile en pratique de traiter les créances garanties dans le cadre de la proposition.

Si les créanciers approuvent la proposition, elle doit alors être approuvée par le tribunal. Au moment de décider d'approuver ou non la proposition, le tribunal doit être convaincu, entre autres choses, que la proposition est raisonnable, calculée au profit des créanciers et qu'elle satisfait aux exigences techniques de la LFI. Si une proposition en vertu de la LFI n'est pas approuvée par la « double majorité » requise des créanciers non garantis ou n'est pas approuvée par le tribunal, le débiteur est automatiquement placé en faillite.

Enfin, si, après avoir reçu l'approbation du tribunal à l'égard de sa proposition, le débiteur manque à ses obligations en vertu de la proposition, le tribunal peut annuler la proposition, ce qui entraîne alors une faillite automatique du débiteur.

Vente en vue de la continuité d'activité selon la LFI

Au lieu de déposer une proposition et de rechercher l'accord des créanciers pour qu'ils transigent sur leurs réclamations, le débiteur peut procéder à une vente en vue de la continuité d'activité. Le processus de vente est effectué en parallèle avec le processus de restructuration dans le but de maximiser la valeur pour les parties intéressées. Dans de telles circonstances, l'approbation de la vente doit être demandée au tribunal sous remise d'un avis aux créanciers garantis touchés, entre autres, dans le cadre d'un processus semblable à celui d'une vente sous séquestre par un tribunal.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC)

La LACC est le plus souvent utilisée pour restructurer les entreprises de grande envergure et plus complexes. Par conséquent, la LACC est souvent la loi privilégiée pour les grandes entreprises qui cherchent à se restructurer ou à réaliser une vente en vue de la continuité d'activité.

Pour pouvoir bénéficier d'un allègement en vertu de la LACC, le débiteur doit être une « compagnie » (au sens de la LACC), avoir des dettes impayées d'au moins cinq millions de dollars canadiens et être insolvable, en faillite ou avoir commis un « acte de faillite » en vertu de la LFI.

Demande initiale

Une procédure en vertu de la LACC est généralement engagée par une compagnie débitrice, qui dépose une demande initiale auprès du tribunal pour obtenir une ordonnance (appelée l'« ordonnance initiale »), imposant une suspension des procédures à l'égard des créanciers (c'est-à-dire un gel du remboursement des dettes) et autorisant la compagnie à préparer un plan d'arrangement pour transiger sur sa dette avec une partie ou l'ensemble de ses créanciers. Les documents présentés au tribunal dans le cadre d'une demande initiale comprennent : i) une prévision de trésorerie du débiteur; ii) les états financiers récents du débiteur; iii) un projet de modèle de l'ordonnance initiale; et iv) un affidavit rédigé par la compagnie décrivant son historique, ses difficultés financières et les raisons pour lesquelles elle demande la protection d'une ordonnance du tribunal en vertu de la LACC.

Après avoir examiné les documents et entendu les arguments des avocats, le juge président l'audience exercera son pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu de rendre une ordonnance initiale et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire

important, et donc d'une certaine souplesse, en ce qui concerne l'étendue de la suspension des procédures et les autres modalités prévues dans l'ordonnance initiale, étant donné que la LACC ne prévoit pas de dispositions particulières pour ce type de conditions. Habituellement, l'ordonnance initiale est rendue sous la forme demandée par la compagnie, les créanciers et autres parties intéressées ne contribuant que peu ou pas. Dans la plupart des provinces et territoires, une ordonnance ou un formulaire a été adopté comme modèle pour les ordonnances initiales relevant de leur compétence afin d'assurer une plus grande uniformité des procédures en vertu de la LACC. Certains allègements ne peuvent être accordés qu'après avoir adressé un avis aux créanciers garantis susceptibles d'être touchés (par exemple, un préfinancement) et, en tout état de cause, les parties touchées ont le droit de demander au tribunal de modifier l'ordonnance initiale une fois qu'elle a été rendue.

LORSQU'UN PLAN D'ARRANGEMENT EST PRÉPARÉ SOUS LE RÉGIME DE LA LACC, IL DIVISE HABITUELLEMENT LES CRÉANCIERS EN DIFFÉRENTES CATÉGORIES ET PRÉVOIT LE TRAITEMENT DE CHAQUE CATÉGORIE.

En règle générale, l'ordonnance initiale a les effets suivants :

- elle autorise la compagnie à préparer un plan d'arrangement à présenter à ses créanciers;
- elle autorise la compagnie à rester en possession de ses éléments d'actif et à poursuivre ses activités conformément à la préservation de ses actifs et de ses activités;
- elle interdit à la compagnie d'effectuer des paiements à l'égard de dettes passées (autres que toute exception particulière permise par le tribunal, comme les montants dus aux membres du personnel) et impose une suspension des procédures par les créanciers garantis et non garantis : i) empêchant les créanciers et les fournisseurs d'intenter des recours pour recouvrer les dettes et sommes dues à la date de dépôt; et ii) interdisant aux contreparties de résilier la plupart des types de contrats;
- elle nomme un contrôleur (qui doit être un SAI pour contrôler les affaires et la situation économique de la compagnie au cours de la procédure. En tant que fonctionnaire judiciaire, le contrôleur doit faire en sorte que tous les intervenants y trouvent leur compte, et il doit établir un rapport sur l'avancement de la réorganisation du débiteur, le cas échéant;

- elle autorise la compagnie, au besoin, à obtenir un préfinancement pour s'assurer qu'elle peut financer ses activités pendant la procédure, y compris en fixant des limites en ce qui a trait au financement total et à la priorité de la sûreté (habituellement appelé le « financement DIP »); et
- elle autorise la compagnie à résilier les contrats, les baux et les autres ententes qui lui sont défavorables, sous réserve de certaines exceptions restreintes.

La LACC prévoit qu'une ordonnance initiale ne peut imposer une suspension des procédures que pour une période maximale de 10 jours. La compétence du tribunal pour offrir une voie de recours en vertu d'une ordonnance initiale pendant cette période est également limitée à ce qui est « normalement nécessaire à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires ». Une fois qu'une ordonnance initiale a été rendue, la compagnie peut demander une nouvelle ordonnance prolongeant la suspension des procédures. L'idée est de maintenir la suspension des procédures jusqu'à ce que le plan d'arrangement de la compagnie ait été présenté aux créanciers et approuvé par le tribunal, ou qu'une vente ait été mise en œuvre. Dans le cas d'une demande de prorogation, le demandeur doit convaincre le tribunal que : i) il a agi de bonne foi et avec toute la diligence raisonnable; et que ii) les circonstances restent appropriées pour la continuation de la procédure en vertu de la LACC.

De manière générale, la durée des procédures en vertu de la LACC varie habituellement entre six et dix-huit mois à compter du début des procédures jusqu'à la mise en œuvre d'un plan d'arrangement. Toutefois, les procédures peuvent être plus rapides si les modalités du plan d'arrangement ont déjà été élaborées avant le dépôt. Le tribunal peut mettre fin aux procédures en vertu de la LACC, à la demande d'une partie intéressée, s'il estime qu'il est peu probable qu'un arrangement à l'amiable soit conclu, ou que la continuation de la procédure n'est pas appropriée pour d'autres motifs. Toutefois, ces ordonnances sont rares, au moins au premier stade de la restructuration.

Le 1^{er} novembre 2019, la LACC a été modifiée pour inclure une obligation expresse de bonne foi pour toute « personne intéressée » dans une procédure en vertu de la LACC. Si le tribunal estime qu'un intéressé n'a pas agi de bonne foi, il dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour rendre toute ordonnance considérée comme appropriée aux circonstances.

Plan d'arrangement

Un plan d'arrangement est le plan de restructuration proposé par une compagnie à ses créanciers. Lorsqu'un plan d'arrangement est élaboré en vertu de la LACC, il divise habituellement les créanciers en différentes catégories et prévoit pour chacune d'entre elles le traitement de leurs réclamations antérieures (le traitement pouvant différer pour chaque catégorie). La classification des créanciers doit être approuvée par le tribunal avant toute réunion des créanciers relativement au plan. À cet égard, le principe juridique de base énoncé dans la LACC et appliqué par les tribunaux dans le cadre de l'examen des questions de classification consiste à déterminer s'il existe un point d'intérêt commun entre les créanciers de la catégorie.

Pour qu'un plan d'arrangement soit approuvé par les créanciers concernés, une majorité en nombre de créanciers, représentant les deux tiers de la valeur des réclamations de chaque catégorie (autres que les réclamations relatives aux capitaux propres), qui est présente et qui vote (en personne ou par procuration) lors des assemblées des créanciers, doit voter en faveur du plan d'arrangement. Les parties liées à la compagnie ne peuvent pas voter en faveur du plan d'arrangement. Si les créanciers approuvent le plan, celui-ci doit alors être approuvé par le tribunal. Pour ce faire, le tribunal doit déterminer que le plan d'arrangement est « juste et raisonnable ». Dès la mise en œuvre du plan après son approbation par les créanciers et le tribunal, celui-ci lie tous les créanciers de chaque catégorie visée par le plan. En règle générale, le plan prévoit la libération de la compagnie débitrice des réclamations des créanciers concernés.

Le tribunal ne peut pas approuver un plan s'il ne prévoit pas le paiement intégral de certaines réclamations de la Couronne et de certaines obligations à l'égard des membres du personnel et des régimes de retraite, ou s'il ne subordonne pas, réellement, les « réclamations relatives aux capitaux propres » aux réclamations des créanciers. Dans certains cas, un plan peut inclure des libérations en faveur de tiers non débiteurs.

De plus, si une restructuration de la dette implique une réorganisation du capital-actions d'une compagnie, il est possible de réorganiser le capital-actions de la compagnie au moyen de l'ordonnance d'approbation du tribunal en vertu de la LACC, sans obtenir le vote des actionnaires. Ces dernières années, cette méthode a été utilisée afin d'épuiser le capital-actions existant, et émettre de nouvelles actions aux créanciers en

règlement de leurs réclamations, ou à un nouvel investisseur en capital (dont l'investissement peut financer des distributions aux créanciers).

Si un plan en vertu de la LACC n'est pas approuvé par la « double majorité » des créanciers requise, le débiteur n'est pas automatiquement mis en faillite. En règle générale, ce qui peut conduire à la faillite du débiteur est le refus du tribunal de prolonger la protection contre les créanciers, ou la décision de mettre fin à la procédure contre la compagnie débitrice, permettant ainsi aux créanciers d'exercer les recours prévus par la loi à l'encontre de la compagnie débitrice. Si une vente d'actifs a lieu sans que la LACC soit proposée, il convient d'examiner les avantages de la mise en place d'un plan (en principe, pour distribuer le produit de la vente) plutôt que de mettre fin à la procédure d'insolvabilité, par exemple, en entamant une procédure de liquidation pour cause de faillite.

Ventes d'actifs

Pendant la procédure de la LACC, la compagnie débitrice continue généralement à exercer ses affaires courantes. Elle peut continuer à céder des actifs dans le cours normal de ses affaires sans ordonnance du tribunal. Cependant, les opérations importantes qui sortent du cadre normal des affaires du débiteur nécessitent généralement l'approbation du tribunal.

La LACC peut permettre la vente de certains actifs de la compagnie ou la cession totale de l'activité en cours, en lieu et place d'une restructuration par le biais d'un plan d'arrangement. Le processus de vente est effectué en parallèle avec le processus de restructuration dans le but de maximiser la valeur pour les parties intéressées. Dans de telles circonstances, l'approbation de la vente doit être demandée au tribunal sous remise d'un avis aux créanciers garantis touchés, entre autres, dans le cadre d'un processus semblable à celui d'une vente sous séquestre par un tribunal.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC LA PERSONNE SUIVANTE :**

Jamey Gage

jgage@mccarthy.ca

416-601-7539