

Bulletin Insolvabilité et redressement

Août 2009

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Le 18 septembre 2009 – Entrée en vigueur de la réforme de la législation canadienne sur l'insolvabilité

En 2005, le Parlement a adopté un projet de loi sur la réforme complète de la législation canadienne sur l'insolvabilité et le redressement. Le but de cette réforme était de fournir une protection supplémentaire aux employés, de codifier la jurisprudence et la pratique existantes, de renforcer le processus de propositions et d'harmoniser les lois canadiennes à la pratique internationale.

Les modifications de 2005 n'ont pas été proclamées en vigueur immédiatement pour permettre certains rajustements à diverses dispositions. Par conséquent, des modifications majeures aux modifications ont été promulguées en 2007. Toutefois, la réforme n'avait toujours pas été proclamée en vigueur. En juillet 2008, un nombre restreint de dispositions portant principalement sur la protection des employés sont entrées en vigueur. Finalement, le reste des modifications entreront en vigueur à compter du 18 septembre 2009.

Au Canada, le droit de l'insolvabilité relève du gouvernement fédéral. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (la « LFI ») renferme des dispositions qui portent sur la restructuration des débiteurs au moyen de « propositions » (généralement utilisées pour les particuliers ou les restructurations peu complexes) ou de « faillites » (processus de liquidation et de distribution) des débiteurs. La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des*

compagnies (la « LACC ») renferme quant à elle des dispositions flexibles qui sont normalement utilisées pour la restructuration d'entreprises plus complexes. La réforme comprend des modifications touchant à la fois la LFI et la LACC. Certaines des modifications les plus importantes sont énoncées ci-après.

1. Salaires non payés – La *Loi sur le Programme de protection des salariés* (la « LPPS ») fait partie des réformes promulguées en juillet 2008 en vue de protéger les employés. La LPPS prévoit le paiement, par le gouvernement fédéral, d'au plus 3 000 \$ par salarié au titre du salaire et de l'indemnité de vacances non payés, ainsi qu'au titre de l'indemnité de départ et de l'indemnité de cessation d'emploi, avec subrogation en faveur du gouvernement fédéral dans les droits des salariés à l'encontre de l'employeur et des administrateurs.

En outre, depuis juillet 2008, chaque salarié est protégé en vertu de la LFI par une charge à super-priorité pour toute réclamation, jusqu'à concurrence de 2 000 \$, au titre du salaire et de l'indemnité de vacances non payés. Cette super-priorité est garantie par les actifs existants du débiteur. Le 18 septembre 2009, aux termes d'une modification de la LACC, tout plan d'arrangement ne pourra être approuvé par un tribunal que si les salaires et les indemnités de vacances non payés sont versés.

Vancouver

Calgary

Toronto

Ottawa

Montréal

Québec

Londres

Johannesburg

www.fasken.com

2. Cotisations non versées au régime de pension – Depuis juillet 2008, les salariés bénéficient de la sûreté de super-priorité prévue par la loi, créée pour protéger les cotisations normales non versées au régime de pension (à l'exception des « paiements spéciaux » ou des réclamations pour déficit) dans un contexte de faillites et de mises sous séquestre. Cette sûreté constitue une charge à super-priorité sur tous les actifs du débiteur.

En ce qui concerne les salaires impayés, en septembre 2009, les cotisations non versées au régime de pension feront également partie des facteurs à considérer dans le cadre des redressements. Les modifications exigent que la proposition en vertu de la LFI ou le plan d'arrangement en vertu de la LACC ne soit approuvé par un tribunal que si certaines cotisations au régime de pension sont versées.

Il ne fait aucun doute que les sûretés ainsi créées à l'égard de la rémunération et des cotisations normales au régime de pension qui n'ont pas été versées seront des sources de préoccupations considérables pour les créanciers, car elles représentent des dettes qui sont difficiles à quantifier et qui ont priorité sur les conventions privées de garantie.

3. Conventions collectives – Contrairement à ce que prévoit le Bankruptcy Code des États-Unis, les modifications prévoient essentiellement qu'une convention collective ne peut être révisée sans le consentement du syndicat.

4. Traitement des contrats exécutoires – Les règles qui concernent la résiliation et la cession de contrats exécutoires relatifs aux biens meubles ont été clarifiées. Contrairement à ce que prévoit le droit existant, les contrats relatifs aux biens meubles peuvent maintenant être cédés dans certaines circonstances, malgré les interdictions contractuelles relatives aux cessions. De plus, les droits des titulaires de licences en propriété intellectuelle sont maintenant protégés.

5. Financement temporaire – La possibilité d'obtenir un financement garanti temporaire (prêt DIP) dans le cadre d'une restructuration (en vertu des dispositions

sur la proposition de la LFI et en vertu de la LACC) a été codifiée, et les critères pour que le tribunal ordonne un tel financement ont été bien établis, notamment l'avis sur les créanciers garantis visés. Un des éléments de la codification du financement DIP qui pourrait se révéler important est lié au fait que la sûreté connexe ne peut garantir une créance antérieure au dépôt.

6. Séquestres et mises sous séquestre – L'anomalie selon laquelle les « séquestres intérimaires » nommés en vertu des dispositions de la LFI agissaient à titre de séquestres à part entière a été corrigée. Les séquestres intérimaires seront dorénavant réellement « intérimaires ». Un nouveau régime fédéral relatif aux séquestres a été établi pour répondre à d'autres cas, bien que leurs pouvoirs ne soient pas clairs.

7. Ventes d'actifs – La pratique en vertu de la LACC permet les ventes d'actifs hors du cours normal des affaires dans le cadre de la restructuration. Jusqu'à présent, elles n'ont pas été permises dans le cadre des restructurations sous le régime de la LFI. Les modifications permettent les ventes d'actifs hors du cours normal des affaires en vertu des deux régimes et énumèrent les facteurs dont le tribunal doit tenir compte pour autoriser de telles ventes. Il existe des règles spéciales relatives aux ventes aux « parties liées ». Désormais, le droit relatif aux ordonnances d'attribution est également codifié.

8. Questions de gouvernance – Le tribunal a maintenant le pouvoir, en vertu des deux régimes de restructuration, de démettre de ses fonctions un administrateur s'il existe un risque raisonnable que l'administrateur diminue la capacité de la personne insolvable à mener à terme une réorganisation viable ou agit de façon inadéquate en sa qualité d'administrateur. Il n'est donné aucun critère d'application aux tribunaux pour évaluer une telle conduite.

9. Charges judiciaires – En plus d'ordonner une charge judiciaire pour garantir un financement temporaire (prêt DIP), le tribunal a pris l'habitude d'accorder, dans le cadre de restructurations sous le régime de la LACC, des charges pour garantir certains honoraires professionnels et les indemnités

ordonnées par le tribunal et versées aux administrateurs qui restent pendant la restructuration. Ces charges ont maintenant été codifiées et ont été étendues aux restructurations sous le régime de la LFI. Les facteurs pour accorder ces charges sont maintenant spécifiquement énoncés, notamment l'avis sur les créanciers garantis visés.

10. Fournisseurs essentiels – Il y a eu beaucoup de confusion et de disparités dans le traitement des fournisseurs essentiels. Les modifications à la LACC prévoient maintenant la nomination d'un fournisseur par le tribunal à titre de fournisseur essentiel. Lorsqu'une telle nomination a lieu, le fournisseur essentiel a l'obligation de continuer à fournir ses biens ou services au débiteur en vertu des mêmes modalités qu'avant le dépôt de la faillite. Le fournisseur essentiel se voit accorder une charge qui garantit le paiement des biens ou des services qu'il fournit. Curieusement, aucune disposition parallèle n'a été prévue pour une restructuration sous le régime de la LFI.

11. Opérations sous-évaluées – Les règles existantes relatives aux « dispositions » et aux « transactions révisables » sont remplacées par des dispositions relatives à toute « opération sous-évaluée ». Toute opération avec un débiteur pour une contrepartie manifestement inférieure à la juste valeur marchande du bien ou du service vendu est sujette à révision. Le paramètre temps pour la révision varie selon qu'il existe ou non un lien de dépendance entre les parties. Le tribunal peut rendre jugement pour la différence entre la juste valeur marchande et le montant réellement payé ou reçu.

12. Subordination des réclamations relatives aux capitaux propres – Le droit sur cette question a été clarifié. Les réclamations pour annulation ou fausses représentations relatives à l'achat ou à la vente d'une action ou d'une participation du débiteur seront subordonnées aux réclamations des créanciers.

13. Inclusion des fiducies de revenu – Les deux régimes de restructuration ont été modernisés afin de prévoir la restructuration des fiducies de revenu qui ont des actifs au Canada et dont les parts sont

négociées à une bourse de valeurs au Canada visée par règlement.

14. Dispositions relatives aux insolvabilités en contexte international – Les dispositions existantes sous les régimes de la LFI et de la LCAA sont abrogées et remplacées par des dispositions détaillées se fondant sur la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (bien que cette loi type *n'ait pas* été expressément adoptée). Ces révisions ont pour objectif de promouvoir la coopération dans le cadre de procédures en matière d'insolvabilité en contexte international en autorisant les tribunaux à coordonner leurs activités et à coopérer les uns avec les autres, en restreignant la portée des procédures locales (canadiennes) sur la question lorsque des procédures étrangères d'importance ont été intentées et en donnant droit à une réclamation aux représentants agissant dans le cadre de procédures étrangères. Ces dispositions sont semblables à celles du chapitre 15 du Bankruptcy Code des États-Unis.

15. Autres modifications – De nombreuses modifications techniques ont été apportées à la LFI et à la LCAA. Ces modifications incluent des changements relatifs aux droits des fournisseurs impayés et au statut des régimes enregistrés d'épargne-retraite et des fonds de revenu.

Perspectives

Les modifications représentent des changements substantiels aux lois canadiennes sur l'insolvabilité et la restructuration. Ces modifications pourraient avoir un impact significatif sur les pratiques relatives aux prêts, vu la création de charges super prioritaires, ainsi que sur l'utilisation des propositions prévues par la LFI comme moyen de restructuration. Les répercussions de ces modifications ne seront connues qu'avec le temps.

Pour plus d'information sur le sujet de ce bulletin, veuillez communiquer avec un membre de notre groupe Insolvabilité et redressement.

Notre groupe Insolvabilité et redressement

Vancouver

John Grieve**
604 631 4772
jgrieve@fasken.com

** Responsable mondial

Calgary

Rinus de Waal
403 261 6155
rdewaal@fasken.com

Toronto

Aubrey Kauffman
416 868 3538
akauffman@fasken.com

Edmond Lamek
416 865 4506
elamek@fasken.com

Montréal

Alain Riendeau
514 397 7678
ariendeau@fasken.com

Londres

Robert Paydon
+44 207 917 8570
rpaydon@fasken.co.uk

Cette publication a pour objectif d'informer les clients sur les développements récents en droit provincial, national et international. Les articles de ce bulletin ne constituent pas des avis juridiques et les lecteurs ne doivent pas agir en se fondant sur ces articles sans avoir préalablement consulté un avocat qui fournira une analyse et un avis sur une question particulière. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l. est une société à responsabilité limitée et comprend des sociétés de droit.

© 2009 Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Vancouver

604 631 3131
vancouver@fasken.com

Montréal

514 397 7400
montreal@fasken.com

Calgary

403 261 5350
calgary@fasken.com

Québec

418 640 2000
quebec@fasken.com

Toronto

416 366 8381
toronto@fasken.com

Londres

44 (0)20 7917 8500
london@fasken.co.uk

Ottawa

613 236 3882
ottawa@fasken.com

Johannesburg

27 11 685 0800
johannesburg@fasken.com