



THE CANADIAN BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

**Étude du Comité sénatorial des
banques et du commerce sur la législation
en matière de faillite et d'insolvabilité**

**SECTION NATIONALE DU DROIT DE LA FAILLITE ET DE L'INSOLVABILITE
DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

Février 2008

TABLE DES MATIÈRES

Étude du Comité sénatorial des banques et du commerce sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité

AVANT-PROPOS.....	i
SOMMAIRE	iii
I. INTRODUCTION.....	1
II. INSOLVABILITÉ DES ENTREPRISES	2
A. Priorité des salaires et pensions.....	2
B. Résiliation de contrats	3
C. Propriété intellectuelle	4
D. Cession de contrats.....	5
E. Révision de transactions en vertu de la LACC.....	6
F. Problème de l'incorporation par renvoi.....	7
G. Indépendance, divulgation et participation du créancier au processus d'insolvabilité	8
H. Séquestres selon l'article 243.....	11
III. INSOLVABILITÉ DES PARTICULIERS.....	12
A. REER et FERR.....	12
B. Transactions sous-évaluées.....	15
C. Traitements préférentiels.....	17
D. Prêts étudiants.....	21
E. Revenu excédentaire.....	22
F. Vente de biens dans les propositions	24
G. Propositions de consommateurs	24

H.	Organismes de réglementation.....	25
I.	Les recommandations du Sénat ne sont pas inclues dans les chapitres 47 et 36.....	26

AVANT-PROPOS

L'ABC est une association nationale qui représente plus de 37 000 juristes, dont des avocats, des notaires, des professeurs de droit ainsi que des étudiants en droit de l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de notre association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section nationale du droit de la faillite et de l'insolvabilité de l'Association du Barreau canadien, avec l'assistance de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Ce mémoire a été examiné par le Comité de législation et de réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique de la Section nationale du droit de la faillite et de l'insolvabilité de l'Association du Barreau canadien.

Étude du Comité sénatorial des banques et du commerce sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité

SOMMAIRE

La Section nationale du droit de la faillite et de l'insolvabilité de l'Association du Barreau canadien (la « Section de l'ABC ») est heureuse de présenter ce mémoire au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans le cadre de son étude de la législation en matière de faillite et d'insolvabilité suivant l'adoption du projet de loi C-12 (désormais le chapitre 36, S.C. 2007). Elle espère que ce mémoire, basé sur les dispositions du chapitre 36, aidera le Comité sénatorial à émettre des recommandations qui corrigeront les lacunes législatives actuelles. Selon nous, certaines de ces lacunes devraient être remédiées immédiatement.

Sommaire sur l'insolvabilité des entreprises

Priorité des salaires et des pensions : Pour dissiper toute incertitude parmi les parties intéressées, une sûreté relative à un fonds de pension garantissant les cotisations non payées au régime de pension devrait être mis en vigueur. Toutefois, l'administration efficace du PPS et de l'actif assujetti aux droits dépend des services professionnels rendus par les administrateurs. Un droit prioritaire similaire serait ainsi établi à l'égard des honoraires et des débours des administrateurs responsables des créances et de la réalisation de l'actif assujetti à une sûreté relative à un fonds de pension.

Résiliation de contrats : Comme la résiliation de contrats est principalement une question d'ordre commercial entre un débiteur et une autre partie, le rôle du syndic/contrôleur devrait se limiter à rapporter la résiliation envisagée dans une réclamation au tribunal contestant la résiliation.

Propriété intellectuelle : Le chapitre 36 prévoit maintenant la protection du droit d'utilisation exclusive de propriété intellectuelle d'un licencié malgré la résiliation de la licence. Toutefois, comme la protection de l'utilisation exclusive pourrait éliminer l'utilité de résilier la licence, les droits d'utilisation exclusive ne devraient pas être préservés.

Cession des contrats : Comme le syndic/contrôleur devra maintenant approuver une cession, les coûts de restructuration risquent d'augmenter indûment. La Section de l'ABC recommande que le rôle du syndic / contrôleur se limite à rapporter la cession dans les cas où l'autre partie au contrat s'oppose à la cession. Dans le contexte des restructurations en vertu de la LFI, le débiteur, et non le syndic/contrôleur, devrait être la partie demandant au tribunal la cession d'un contrat.

Révision de transactions en vertu de la LACC : L'incorporation par renvoi à la LACC des dispositions de la LFI concernant les traitements préférentiels et les transactions sous-évaluées crée de la confusion. Il ne semble pas y avoir une « date du début » de la période à l'intérieur de laquelle les opérations sont susceptibles d'être contestées. Par conséquent, la Section de l'ABC recommande que l'art. 36.1 de la LACC définisse la « date de l'ouverture de la faillite » comme le début des procédures en vertu de la LACC et la « date de la faillite » comme étant la première de (a) la date à laquelle le débiteur devient failli ou à laquelle un administrateur est nommé pour le débiteur; et (b) la date d'entrée en vigueur du plan du débiteur.

Problèmes de l'incorporation par renvoi : L'incorporation par renvoi des articles de la LFI à la LACC risque de causer un manque de clarté dans la loi. La Section de l'ABC recommande que la LACC contienne ses propres dispositions.

Indépendance, divulgation et participation du créancier au processus d'insolvabilité : Les processus de restructuration de la LACC et de la LFI, et le processus d'ordonnance de mise sous séquestre ne sont pas actuellement des moyens suffisants d'assurer la participation équitable des créanciers non garantis. Sans administrateurs indépendants des autres parties intéressées, sans une divulgation complète à tous les créanciers et sans

réunions initiales obligatoires des créanciers non garantis, les intérêts de ces créanciers risquent de subir des préjudices. Un processus transparent de divulgation complète et l'occasion pour les créanciers d'exprimer leurs points de vue sont essentiels au bon fonctionnement d'un processus d'insolvabilité. En conséquence, la Section de l'ABC recommande un ensemble de changements visant à faciliter la participation des créanciers non garantis et le flux des informations à ceux-ci.

Séquestres selon l'article 243 : La Section de l'ABC appuie la création d'un séquestre « national » dans le chapitre 47. L'article 243 de la LFI, tel que modifié, devrait fournir un modèle uniforme de mise sous séquestre adapté à la réalité commerciale actuelle et à l'augmentation d'opérations interprovinciales et internationales. Le chapitre 36 incorpore la plupart des recommandations de la Section de l'ABC concernant les modifications à l'art. 243 proposées dans le projet de loi C-55. En vue d'encourager l'élaboration d'un modèle uniforme de mise sous séquestre, la Section de l'ABC a quelques recommandations supplémentaires, y compris celles qui sont encore pendantes depuis ses commentaires de 2005 sur le projet de loi C-55. Le paragraphe 243(1) devrait énoncer ce qui suit :

- un créancier garanti ne peut pas demander la nomination d'un séquestre avant l'expiration du délai prévu au paragraphe 244(2) à moins que la nécessité n'en soit démontrée pour empêcher la commission de fraude pendant la période d'attente de dix jours, ou qu'il y ait probabilité de détérioration importante et évitable de l'actif ou de l'entreprise pendant la période d'attente.
- un séquestre peut être nommé pendant que le processus de proposition en vertu de la LACC ou de la LFI est en cours si les critères équivalents à ceux du paragraphe 50.4 (11) de la LFI sont satisfaits.
- toute personne intéressée peut demander la nomination d'un séquestre en vertu du paragraphe 243(1).

Sommaire sur l'insolvabilité personnelle

REER et FERR : La Section de l'ABC appuie l'exemption des contributions aux REÉR, toutefois, en établissant l'exemption, il est essentiel de tenir compte des différences importantes entre les REÉR et les pensions, et de l'objectif politique qui sous-tend l'exemption des fonds de retraite. La nouvelle exemption des REER à l'art. 67 contrevient

à la politique sur la faillite à de nombreux égards, manque de mesures de contrôle contre les abus et, telle qu'adoptée, deviendra rapidement hors de propos. Le plan du GTIP demandant un blocage obligatoire et un recouvrement efficace est nécessaire pour régler les différences importantes entre les rentes de retraite et les REER et pour maintenir le respect du public envers l'administration de la justice.

Transactions sous-évaluées et traitements préférentiels : Les nouvelles dispositions sur les liens de dépendance aux articles 95 (préférences) et 96 (transactions sous-évaluées), plus expressément la capacité du syndic de renverser des transferts pré-faillite pour satisfaire à des réclamations matrimoniales après une séparation, auront un impact négatif immédiat et significatif sur l'exercice du droit de la famille au Canada. Les nouvelles dispositions sont tout à fait inappropriées dans le contexte du droit de la famille et peuvent constituer une violation de la *Charte*.

Quant aux transactions sous-évaluées, ces dispositions ne devraient pas s'appliquer à des transferts effectués conformément à des accords de séparation ou des ordonnances du tribunal de la famille. De tels transferts devraient être régis par la loi provinciale sur les dispositions frauduleuses ou par un recours en droit de la faillite conçu pour s'appliquer expressément à la rupture du mariage. De plus, le gouvernement devrait envisager de clarifier l'applicabilité de l'article aux transferts avec liens de dépendance visant les pensions alimentaires conformément à des normes juridiques et morales.

Dans le même sens, le recours visant les transactions avec liens de dépendance à l'égard des traitements préférentiels ne devrait pas s'appliquer dans le cadre d'une faillite personnelle. Comme il est recommandé dans le cas des transactions sous-évaluées, le nouveau recours relatif aux traitements préférentiels ne devrait pas s'appliquer à des transferts effectués conformément à des accords de séparation ou des ordonnances du tribunal de la famille. De tels transferts devraient être régis soit par la législation provinciale sur les dispositions frauduleuses, soit par un recours en droit de la faillite conçu pour s'appliquer spécifiquement à la rupture du mariage.

Prêts étudiants : La Section de l'ABC recommande : (a) qu'une audience d'indemnité pour préjudice soit possible pour une dette de prêt étudiant dans un délai d'un an de la date de la faillite ou au moment de l'audience de libération ; et (b) que des libérations partielles des prêts étudiants soient permises lors de l'audience d'indemnité pour préjudice, le cas échéant. Enfin, et surtout si ces deux recommandations ne sont pas retenues, la période de non-libération de sept ans devrait être réduite.

Revenu excédentaire : La définition de revenu total (et donc ce qui est inclus dans les biens du patrimoine en vertu de l'art. 67) devrait mentionner les revenus « gagnés avant la libération qui n'ont pas été reçus avant la date de la faillite », et devrait inclure « l'élément de revenu perdu de toute somme reçue à titre de dommage ou d'indemnité à l'égard d'un contrat, d'un préjudice ou d'un droit prévu par la loi ». La définition risque sinon d'avoir à la fois une portée trop limitative et trop large.

Vente de biens dans une proposition : Nous appuyons l'étendue de l'interdiction des débiteurs de vendre ou de disposer de l'actif en dehors du cadre normal des opérations de l'entreprise sans l'approbation du tribunal aux débiteurs personnels autant qu'aux entreprises débitrices. Toutefois, une erreur dans le libellé de l'art. 65.13 pourrait empêcher un tribunal d'ordonner, dans le cas des débiteurs individuels, la vente de biens non acquis en relation avec l'entreprise ou utilisés par celle-ci. Cette erreur involontaire devrait être rectifiée et l'art. 65.13 ne devrait pas empêcher le tribunal d'approuver la vente ou la disposition de tout actif par un débiteur individuel dans le cadre d'une proposition.

Propositions de consommateur : L'augmentation importante de la limite de la valeur des propositions de consommateur de 75 000 \$ à 250 000 \$ devrait être accompagnée d'un changement du barème des tarifs ou de l'annexe des frais applicables à une proposition de consommateur pour permettre à l'administrateur de recouvrer tous débours en matière de frais juridiques.

Organismes de réglementation : L'art. 69.6, qui traite des répercussions d'une proposition d'entreprise sur les démarches réglementaires fédérales ou provinciales, devrait s'appliquer à toutes les propositions.

Recommandations du Sénat : La loi omet plusieurs recommandations bénéfiques du rapport du Sénat de 2003 qui devraient être adoptées, à savoir, celles régissant les accords de réaffirmation, les sûretés accordées sur la valeur de non-acquisition des biens exclus et les questions de droit de la famille. La Section de l'ABC recommande l'adoption de ces recommandations.

Étude du Comité sénatorial des banques et du commerce sur le droit en matière de faillite et d'insolvabilité

I. INTRODUCTION

La Section nationale du droit de la faillite et de l'insolvabilité de l'Association du Barreau canadien (la « Section de l'ABC ») est heureuse de présenter ce mémoire au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans le cadre de son étude du droit en matière de faillite et d'insolvabilité suivant l'adoption du projet de loi C-12 (désormais le chapitre 36, S.C. 2007).¹

La Section de l'ABC contribue depuis longtemps aux initiatives de réforme du gouvernement en droit de l'insolvabilité. Elle a participé aux modifications qui ont découlé de la dernière révision quinquennale obligatoire de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI) et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC), en commençant par des mémoires à ce Comité. Ce mémoire est la culmination d'un processus consultatif national avec les membres de la Section de l'ABC de tout le Canada et est fondé sur nos mémoires sur la réforme de la faillite et de l'insolvabilité précédents.

La Section de l'ABC s'inquiète du fait que le chapitre 47 et le chapitre 36 ont été adoptés sans que les comités parlementaires pertinents n'aient eu l'occasion de procéder à une étude approfondie des projets de loi. Elle espère que ce mémoire, dont les dispositions du chapitre 36 forment le point de départ, aidera le Comité sénatorial à faire des recommandations qui corrigeront les lacunes législatives actuelles. Selon nous, certaines de ces lacunes devraient être corrigées immédiatement.

1 Le projet de loi C-12 modifie la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (la LFI) et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la LACC), la *Loi sur le programme de protection des salariés* (la Loi PPS), le chapitre 47 des Lois du Canada, 2005.

II. INSOLVABILITÉ DES ENTREPRISES

A. Priorité des salaires et pensions

Chapitre 36

Le chapitre 36 ne modifie pas la sûreté relative à un fonds de pension ou le Programme de protection des salariés (PPS), créé au chapitre 47. Le PPS prévoit que certains employés recevront, d'un fonds établi par le gouvernement, leur salaire impayé et leurs paies de vacances jusqu'à concurrence de 3 000 \$ dans l'éventualité d'une mise sous séquestre ou d'une faillite. Cette sûreté relative à un fonds de pension portant sur l'ensemble de l'actif d'un débiteur garantit le paiement : (a) de toute cotisation non versée au régime de pension de l'employé; (b) des cotisations de l'employeur non payées aux régimes de pension; (c) des coûts normaux non payés tels que requis par la législation applicable sur les régimes de pension à l'égard d'un régime de prestations défini (les cotisations de pension non payées).

La sûreté relative à un fonds de pension n'est cessible à personne, toutefois si un administrateur judiciaire réalise sur tout actif assujéti à la sûreté relative à un fonds de pension, il deviendra personnellement responsable des montants garantis par le droit à concurrence du montant réalisé et il sera subrogé à tous les droits dont le régime de pension dispose pour recouvrer ces montants.

La modification du chapitre 47 à la LFI et à la LACC est également ignorée dans le chapitre 36. Cette modification prévoit qu'une proposition ou un plan doit assurer le paiement des montants complets assujétis à la sûreté relative à un fonds de pension à moins qu'une entente approuvée par l'autorité administrative responsable du régime de pension ne soit en vigueur concernant le paiement de toute cotisation non payée au régime de pension.

Aucune de ces dispositions du chapitre 47 n'est entrée en vigueur.

COMMENTAIRES DE L'ABC

La Section de l'ABC comprend que la raison d'être de la priorité des droits sur toutes les autres réclamations, prévue par la loi, est de mieux protéger les employés, conformément aux objectifs du PPS, dans l'éventualité où des cotisations au régime de pension n'auraient pas été versées. Dans notre mémoire antérieur sur le projet de loi C-55, nous exprimions nos préoccupations sur l'efficacité de la sûreté relative à un fonds de pension. La Section de l'ABC et la Section nationale du droit des régimes et prestations de retraite reconnaissent toutefois que l'entrée en vigueur de la sûreté relative à un fonds de pension pourrait aider les administrateurs de régimes de pension et, en dernier ressort, les membres du régime de pension eux-mêmes. Nous croyons que cela dissiperait l'incertitude qui règne actuellement entre toutes les parties intéressées.

La gestion efficace du PPS et de l'actif assujetti aux droits dépendra des services professionnels fournis par les administrateurs d'insolvabilité. Le manquement du chapitre 47, et maintenant du chapitre 36, de modifier la LFI pour assurer le paiement des débours des administrateurs d'insolvabilité mettra en péril la bonne gestion de l'actif grevé d'un droit.

RECOMMANDATION :

Les articles du chapitre 47 qui créent une sûreté relative à un fonds de pension devraient entrer en vigueur. Un droit prioritaire similaire serait créé à l'égard des honoraires et des débours raisonnables engagés par les administrateurs d'insolvabilité dans la gestion du PPS et la réalisation de l'actif assujetti à la sûreté relative à un fonds de pension.

B. Résiliation de contrats

Chapitre 36

Le chapitre 36 élargit le rôle du syndic/contrôleur établi au chapitre 47 relativement à la résiliation de contrats après le début de la restructuration. Un débiteur en restructuration ne

peut déposer un avis de son intention de résilier un contrat qu'avec le consentement du syndic/contrôleur.

En réponse à un avis reçu d'un débiteur en restructuration, l'autre partie à un contrat résilié disposera de 15 jours pour solliciter du tribunal une ordonnance de non-résiliation du contrat. Une entreprise en restructuration a également la possibilité de solliciter du tribunal une ordonnance de résiliation du contrat, dans l'éventualité où le syndic/contrôleur retiendrait son consentement.

L'autre partie à un contrat résilié pourra déposer une preuve de réclamation dans la restructuration à l'égard de tous dommages résultant de la résiliation.

COMMENTAIRE DE L'ABC

La Section de l'ABC croit que l'obligation d'obtenir le consentement du syndic/contrôleur à une résiliation de contrat augmentera inutilement le coût des restructurations. La résiliation des contrats est un problème d'ordre commercial entre le débiteur et l'autre partie au contrat résilié.

RECOMMANDATION :

Le rôle du syndic / contrôleur devrait se limiter à contester la résiliation envisagée dans une réclamation au tribunal contestant la résiliation.

C. Propriété intellectuelle

Chapitre 36

Le chapitre 47 prévoit que dans le cas où le débiteur donne à une autre partie l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle, la LFI et la LACC protégeront l'utilisation continue de la propriété intellectuelle malgré la résiliation aussi longtemps que l'autre partie continuera de respecter ses obligations à l'égard de son utilisation de ce droit. Toutefois, le chapitre 36 ajoute maintenant que le droit d'utilisation exclusive de propriété intellectuelle est préservé pendant la durée de la licence et toute prolongation permise, malgré une résiliation.

COMMENTAIRE DE L'ABC

Le principal motif de mettre fin à un droit d'utilisation de propriété intellectuelle est souvent de permettre à l'entreprise insolvable d'émettre une nouvelle licence de propriété intellectuelle et de se libérer d'obligations liées à un mauvais contrat de licence. Si le droit exclusif du titulaire de licence ne peut être résilié, il est probablement bien peu utile de résilier la licence. Pour une entreprise en restructuration qui possède de la propriété intellectuelle, l'utilité de cette disposition est ainsi grandement réduite.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que les droits du titulaire du droit d'utilisation de propriété intellectuelle, sauf pour les droits d'utilisation exclusive, soient préservés.

D. Cession de contrats

Chapitre 36

Comme pour ce qui a trait à la résiliation de contrats, le rôle du syndic/contrôleur dans une cession de contrats effectuée pendant une restructuration en vertu de la LFI et la LACC sera élargi conformément au chapitre 36. Sur demande d'obliger la cession d'un contrat, le tribunal devra déterminer si le syndic / contrôleur a approuvé la cession proposée. Le chapitre 36 modifiera de plus les dispositions de la LFI pour prévoir qu'une demande visant à forcer la cession d'un contrat dans le cadre d'une restructuration soit déposée par le syndic/contrôleur plutôt que par le débiteur.

COMMENTAIRE DE L'ABC

Encore là, la Section de l'ABC s'inquiète que l'exigence relative au consentement du syndic/contrôleur dans le cas d'une cession de contrat augmenterait inutilement les coûts de restructuration. La cession de contrats est essentiellement une question d'ordre commercial entre le débiteur et l'autre partie au contrat cédé. Il semble n'y avoir aucune raison d'exiger l'intervention du syndic/contrôleur.

RECOMMANDATION :

Le rôle du syndic/contrôleur devrait se limiter à déclarer la cession dans le cas où l'autre partie au contrat s'opposerait à la cession.

Dans le contexte des restructurations en vertu de la LFI, le débiteur, et non le syndic/contrôleur, devrait être la partie qui sollicite du tribunal la cession d'un contrat.

E. Révision de transactions en vertu de la LACC.**Chapitre 36**

Le chapitre 36 contiendra des dispositions dans la LIF concernant les préférences et les transactions sous-évaluées (art. 38, et 95 à 101) applicables aux restructurations en vertu de la LACC à moins qu'un plan de transaction ou d'arrangement ne stipule autrement.

Les dispositions relatives à la révision de transactions de la LFI sont fondées sur deux dates :

- a. La « date d'ouverture de la faillite » ;
- b. la « date de la faillite ».

Les opérations entreprises pendant la période qui commence à la date qui est un nombre fixe de jours avant la « date d'ouverture de la faillite » et se termine à la « date de la faillite » sont susceptibles de contestation.

Aux fins de la demande à la LACC, la seconde date sera la date à laquelle les procédures de la LACC sont commencées.

COMMENTAIRE DE L'ABC

Les dispositions proposées de la LACC prévoient une équivalence à la « date de la faillite » mais non à la « date de l'ouverture de la faillite ». Ces dispositions n'auront donc pas le résultat attendu. L'omission de définir l'expression « date d'ouverture de la faillite » fait en sorte que la période à l'intérieur de laquelle les opérations sont susceptibles d'être contestées n'a pas de date de début.

RECOMMANDATION:

La Section de l'ABC recommande que l'art. 36.1 de la LACC définisse la « date de l'ouverture de la faillite » comme étant le commencement des procédures en vertu de la LACC et la « date de faillite » comme étant la première de :

- a) la date à laquelle le débiteur devient failli ou qu'un séquestre est nommé pour le débiteur; et**
- b) la date d'entrée en vigueur en vertu du plan du débiteur.**

F. Problème de l'incorporation par renvoi

Chapitre 36

Il y a plusieurs dispositions dans lesquelles des articles de la LFI sont incorporés à la LACC par renvoi. Le chapitre 36 ne traite pas de la façon d'interpréter les anciennes dispositions en cas de conflit avec le libellé de la LACC.

COMMENTAIRE DE L'ABC

L'incorporation par renvoi des articles de la LFI à la LACC risque de créer un manque de clarté dans la loi. Par exemple, le paragraphe 97(3) de la LFI, qui indique que la compensation s'applique aux réclamations faites contre le patrimoine du failli, est incorporé par renvoi à la LACC. La LACC ne permet pas actuellement au débiteur d'exclure l'application de la compensation dans un plan de transaction et d'arrangement. Il n'est plus clair maintenant, en raison de l'incorporation par renvoi du paragraphe 97(3) si le débiteur pourra exclure l'application de la compensation dans le plan.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande qu'au lieu d'incorporer les dispositions de la LFI par renvoi, la LACC contienne ses propres dispositions.

G. Indépendance, divulgation et participation du créancier au processus d'insolvabilité

COMMENTAIRE DE L'ABC

Les processus de restructuration de la LACC et de la LFI, et le processus d'ordonnance de mise sous séquestre ne sont pas en ce moment des moyens suffisants d'assurer la participation équitable des créanciers non garantis. Sans administrateurs indépendants des autres parties intéressées, sans une divulgation complète à tous les créanciers et sans réunions initiales obligatoires des créanciers non garantis, les intérêts de ces créanciers risquent de subir des préjudices. Un processus transparent de divulgation complète et l'occasion pour les créanciers d'exprimer leurs points de vue sont essentiels au bon fonctionnement d'un système d'insolvabilité. En conséquence, la Section de l'ABC recommande un ensemble de changements visant à faciliter la participation des créanciers non garantis et le flux des informations à ceux-ci.

RECOMMANDATIONS :

Normes sur l'indépendance des administrateurs d'insolvabilité

La LACC et la LFI devraient être modifiées pour prévoir que le contrôleur/syndic de la proposition soit indépendant du débiteur et de tout créancier à qui il est dû plus de 5 pour cent des dettes totales du débiteur (basé sur sa liste de créanciers initiale à la date du dépôt).

Divulgation des informations aux créanciers des procédures en insolvabilité

Une liste des créanciers devrait être fournie aux créanciers dans toute procédure d'insolvabilité, conformément à la procédure suivie dans les faillites officielles en vertu de la LFI. Cette liste contiendrait le nom, l'adresse, la somme due et la classification initiale de chaque réclamation de créancier conformément aux livres et registres de l'entreprise à la date de dépôt initial/date de l'ouverture de la faillite.

La LACC et la LFI stipulent qu'une personne insolvable doit faire une divulgation « complète, vraie et claire » dans tout document important qu'elle envoie aux créanciers, à l'administrateur d'insolvabilité, au séquestre officiel ou au tribunal dans une procédure d'insolvabilité et fasse une « divulgation rapide » de tout changement important survenant dans les affaires de l'actif sous administration.

Les administrateurs d'insolvabilité nommés dans toute procédure d'insolvabilité doivent faire une divulgation « complète, vraie et claire » dans tout document important émis pendant une procédure d'insolvabilité et fournir une « divulgation ponctuelle » dans un rapport sur tout changement important survenant dans les affaires du patrimoine sous administration. Les administrateurs d'insolvabilité ne doivent pas être responsables du contenu de leur rapport sauf dans les cas de négligence, mais le bien-fondé de leur rapport sera un facteur dont il pourra être tenu compte dans toute analyse des honoraires facturés au patrimoine pour leurs services.

Tout administrateur d'insolvabilité nommé en vertu de la LACC ou de la LFI devrait établir un site Web sur le dossier contenant les listes de créanciers, les listes de services, les documents du tribunal, les rapports et les communications des créanciers pertinents au dossier et il devrait être obligé d'aviser les créanciers dès le début sur la manière d'avoir accès au site Web et de s'inscrire à la liste des services pour la procédure.

La LACC devrait exiger que dans le cadre de la préparation d'un plan de transaction ou d'arrangement, le débiteur doit fournir aux créanciers une trousse d'information qui satisfait aux normes minimum requises à l'égard des « circulaires d'information » en

vertu de la loi sur les compagnies applicable en vertu de laquelle l'entreprise est incorporée ou régie.

Si la direction demande des procurations de créanciers (par ex. des votes en faveur d'un plan de restructuration), le nom des créanciers opposants devrait être distribué par la direction, sur demande de tout créancier ou groupe de créanciers de toute classe détenant au moins 5 pour cent des dettes de l'entreprise.

Il ne devrait pas être permis aux administrateurs d'insolvabilité de solliciter des procurations directement ou indirectement.

Réunion initiale des créanciers non garantis lors de chaque procédure d'insolvabilité

Il est recommandé que, dans le cadre d'une restructuration, une réunion des créanciers soit convoquée 60 jours après le début de toute restructuration selon la LFI ou la LACC ou procédure d'ordonnance de mise sous séquestre afin de permettre aux créanciers d'approuver ou de remplacer les administrateurs et d'approuver ou remplacer les administrateurs d'insolvabilité (le conseiller juridique du débiteur, le contrôleur sous le régime de la LACC et l'agent principal de la restructuration). La divulgation requise par la LFI devrait être faite aux créanciers de la faillite lors de leur première réunion, *mutatis mutandis*.

Dans le cas des mises sous séquestre, les créanciers devraient pouvoir nommer des inspecteurs qui assumeront dans le cadre de la mise sous séquestre des fonctions similaires à celles assumées par les inspecteurs dans le cadre du processus de faillite.

Fonctions d'enquête dans le cas de faillites incomplètes

Il devrait être permis aux créanciers non garantis d'entreprendre des procédures de faillite au moment du dépôt en vertu de la LACC ou de l'ordonnance de mise sous séquestre. Cependant, la faillite devrait être suspendue à tous les égards jusqu'à la fin du dépôt en vertu de la LACC ou de la mise sous séquestre, à l'exception du droit du syndic nommé dans la réclamation d'exercer les pouvoirs d'enquête suivants conférés à un syndic pour obtenir les renseignements en vertu de la LFI (mais sans se servir du patrimoine pour le financement à moins que le tribunal ne l'ordonne) : (i) analyser et rapporter la conduite de la gestion et des administrateurs d'insolvabilité; (ii) enquêter sur les préférences et la conduite pré-dépôt de même que sur les causes du défaut du failli dans la mesure où des telles enquêtes sont déterminées par le syndic agissant de bonne foi et de manière raisonnable; et (iii) analyser et rapporter aux créanciers non garantis le caractère raisonnable de toutes les mesures de restructuration entreprises par le débiteur, y compris la vente intérimaire ou le plan de restructuration; (iv) tous autres pouvoirs que les créanciers non garantis en réunion peuvent solliciter du tribunal.

H. Séquestres selon l'article 243

COMMENTAIRE DE L'ABC

La Section de l'ABC appuie la création d'un séquestre « national » dans le chapitre 47. L'article 243 de la LFI, tel que modifié, devrait fournir un modèle uniforme de mise sous séquestre adapté à la réalité commerciale actuelle et l'augmentation des transactions interprovinciales et internationales. L'ABC a émis des commentaires sur les modifications de l'art. 243 proposées dans le projet de loi C-55 des modifications de l'art. 243. Les modifications de 2007 ont tenu compte de la plupart de celles-ci. Dans le but d'encourager

l'élaboration d'un modèle uniforme de mise sous séquestre, la Section de l'ABC a quelques recommandations supplémentaires, y compris celles qui sont encore pendantes depuis ses commentaires de 2005 et qui n'ont pas été incluses aux modifications de 2007.

RECOMMANDATIONS :

La Section de l'ABC recommande que le paragraphe 243(1) stipule qu'un créancier garanti ne puisse pas demander la nomination d'un séquestre avant l'expiration du délai prévu au paragraphe 244(2) à moins que la nécessité n'en soit démontrée pour empêcher la commission d'une fraude pendant la période d'attente de dix jours, ou qu'il y ait probabilité de détérioration évitable des actifs ou de l'entreprise pendant la période d'attente.

La Section de l'ABC recommande que le paragraphe 243(1) stipule qu'un séquestre puisse être nommé pendant que le processus de proposition de la LACC ou de la LFI est en cours si les critères équivalents à ceux du paragraphe 50.4 (11) de la LFI sont satisfaits.

La Section de l'ABC recommande que le chapitre 47 soit modifié pour prévoir que toute personne intéressée peut demander la nomination d'un séquestre en vertu du paragraphe 243 (1).

III. INSOLVABILITÉ DES PARTICULIERS

A. REER et FERR

Chapitre 36

Le chapitre 36 exempte de la répartition tous les REER et les FERR, sans condition préalable, qualification ou contrainte, sauf les contributions effectuées au cours des 12 mois antérieurs à des REER ou des FERR qui ne sont pas déjà exemptés en vertu de la loi provinciale (le « recouvrement »).

COMMENTAIRE DE L'ABC

La Section de l'ABC appuie les exemptions à l'égard des REER conformément au plan élaboré par le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle (le GTIP) approuvé par le Sénat lors de sa révision de 2003 de la faillite et de l'insolvabilité et incorporé avec de petites modifications au chapitre 47. Les travailleurs autonomes et les employés non retraités perdent souvent leurs économies de retraite au moment d'une faillite, à l'inverse des employés retraités. En concevant l'exemption des REER, toutefois, il est essentiel de tenir compte des grandes différences entre les REER et les pensions, et de l'objectif politique qui sous-tend l'exemption relative aux fonds de retraite. L'ABC reconnaît que le chapitre 36 est le résultat de négociations fédérales-provinciales de haut niveau. Nous devons toutefois souligner que l'exemption des REER envisagée est très imparfaite et contrevient à la politique sur la faillite à de nombreux égards. Premièrement, elle prive le syndic et les créanciers de tout moyen pratique d'exercer un contrôle sur la tactique pré-faillite du débiteur, car, à l'exception du recouvrement, il n'existe aucun moyen pratique d'annuler avant la faillite la plupart des contributions à un REER d'un débiteur qui sont exemptées au niveau provincial. Cette tactique est de fait encouragée en éliminant la capacité du tribunal d'étendre le recouvrement à plus d'un an dans un cas approprié. Comme la plupart des provinces, sinon toutes, réviseront sans aucun doute leurs politiques d'exemption des REER pour les uniformiser à l'exemption fédérale des REER, le recouvrement d'un an perdra bientôt tout son sens, car il est expressément inapplicable aux REER déjà exemptés par la législation provinciale.

Deuxièmement, le chapitre 36 élimine le blocage obligatoire comme condition de l'exemption. Ainsi, les débiteurs peuvent retirer des REER exemptés en tout temps avant leur retraite. Une politique d'exemption basée sur les économies de retraite ne s'appliquerait pas à des fonds qui peuvent être utilisés en tout temps à toute autre fin. Les nouvelles dispositions permettront aux débiteurs d'exempter ce qui est, de fait, un compte de banque libre d'impôt et à imposition reportée sans grande obligation proportionnelle de préserver ces fonds jusqu'à la retraite. Une exemption conçue de cette façon ne tient aucun compte du nombre important de Canadiennes et des Canadiens qui accèdent à leurs REER longtemps avant leur retraite.

Bien que nous ne soyons pas convaincus que l'exemption doit être plafonnée, nous nous inquiétons du fait que l'absence de tout plafond diminue la confiance du public dans l'administration de la justice si les débiteurs peuvent faire faillite en conservant des économies exceptionnellement importantes sous forme de REER.

Enfin, les buts de l'exemption ne seront même pas réalisés, parce que selon la jurisprudence actuelle, un tribunal de faillite peut imposer des conditions de libération qui obligent le failli à utiliser les actifs accessibles exemptés tels que les REER exemptés (à la différence des pensions ou des REER bloqués) pour financer des ordonnances de libération substantielle. La jurisprudence a établi que de telles ordonnances ne seraient pas émises, et que la politique visant une exemption basée sur une retraite serait ainsi préservée, si les REER ont été bloqués dans le cadre d'un processus d'exemption.

L'exigence d'un blocage obligatoire comme condition d'exemption permettrait de réaliser l'objectif de la politique de préserver les fonds de retraite du débiteur. De plus, les provinces qui n'ont pas encore d'exemptions générales à l'égard des REER auraient l'occasion, si elles le désirent, d'incorporer ce mécanisme à leurs propres mécanismes d'exemption. Comme les REER sont régis par les lois fédérales, les provinces n'ont eu que des occasions limitées de façonner leurs propres exemptions. Il est dommage que le gouvernement ait maintenant supprimé, pour toutes les autres provinces, l'option de blocage qui est la clé d'une politique d'exemption raisonnable. Selon nous, cette impasse politique pourrait et devrait être résolue en conservant la recommandation du Sénat adoptée dans le chapitre 47 et en permettant aux provinces qui s'opposent de s'abstenir. Ceci permettrait au moins aux autres provinces de choisir une politique de blocage d'exemption des REER si elles le désirent.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande la conservation du plan du GTIP sur l'exemption des REER et des FERR, recommandé par le Sénat et adopté au chapitre 47.

B. Transactions sous-évaluées

Chapitre 36

Le chapitre 36 crée un nouvel article 96 (art. 96.1 de l'ancien chapitre 47) qui remplace les articles 91 à 100 de la LFI actuelle et contient des dispositions sur les règlements et les transactions révisables. Ces deux expressions ne seront plus utilisées dans la LFI. En vertu de cet article, le syndic pourra demander au tribunal d'enquêter pour savoir si une transaction avec le débiteur était une « opération sous-évaluée » (défini comme une transaction dans laquelle la contrepartie reçue est nettement inférieure à la juste valeur marchande des biens ou des services vendus ou liquidés), et si la transaction a été réalisée sans lien de dépendance. Si cette définition est respectée :

- **Transactions sans liens de dépendance** : Le tribunal peut rendre jugement en faveur de la différence si les trois conditions suivantes sont réunies :
 - (i) la transaction a été effectuée dans l'année précédant la faillite;
 - (ii) le débiteur était insolvable ou a été rendu insolvable;
 - (iii) le débiteur avait l'intention de nuire aux intérêts des créanciers.
- **Transactions avec liens de dépendance** : Le tribunal peut rendre jugement en faveur de la différence si l'une ou l'autre des conditions suivantes sont satisfaites :
 - (i) la transaction a été effectuée pendant l'année précédant la faillite;
 - (ii) dans un délai de cinq ans et le débiteur était insolvable ou a été rendu insolvable;
 - (iii) dans un délai de cinq ans et le débiteur avait l'intention de nuire aux intérêts des créanciers.

Le syndic établira la juste valeur marchande; le fardeau de la preuve contraire reposant sur l'autre partie. Les parties liées sont présumées avoir des liens de dépendance, bien que cette hypothèse soit contestable.

COMMENTAIRE DE L'ABC

La Section de l'ABC est préoccupée par les transactions sous-évaluées dans le contexte des faillites personnelles.

Application aux accords de séparation : La Section de l'ABC s'inquiète de l'application des dispositions des transactions sous-évaluées au transfert des biens en vertu d'accords de séparation. La modification proposée rendra ces transferts vulnérables malgré la bonne foi et l'ignorance de l'insolvabilité de la conjointe ou du conjoint. Elle risque de renverser les résolutions négociées portant sur les biens familiaux malgré une tendance politique claire qui encourage la résolution des conflits familiaux par médiation. La norme proposée de la révision, soit la juste valeur marchande de la contrepartie, est souvent très subjective dans les dossiers de droit familial, et n'aide pas à déterminer si un accord est valable. Par exemple, quelle est la juste valeur marchande des libérations de demandes de pension alimentaire? La nouvelle disposition s'éloigne beaucoup de la jurisprudence actuelle (qui ignore en grande partie les calculs arithmétiques de la contrepartie), sans toutefois avoir d'objectif défini. La Section de l'ABC croit que l'absence de toute référence à la connaissance, à l'intention ou à la bonne foi du récipiendaire est un gros défaut du libellé proposé. Elle propose, comme dans le cas de l'art. 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que les accords de séparation soient exclus de l'art. 96.

De plus, le choix de l'expression « sans lien de dépendance » pour établir la différence entre deux jeux de règlements ne convient pas à des conjoints séparés. Même des conjoints qui se méprisent l'un l'autre et ont chacun leur avocat peuvent tout de même accepter que les biens de la famille soient conservés dans la famille au détriment des créanciers. En d'autres mots, ils peuvent traiter sans lien de dépendance à certains égards, mais non à d'autres. Le contenu de l'accord, la bonne foi des conjoints et toutes les circonstances devraient régir, et non un test de transaction sans lien de dépendance qui obnubile la nature subtile et complexe d'une relation maritale.

Impact sur les familles intactes : Les dispositions sur les transactions avec liens de dépendance ont un effet involontaire sur les familles intactes, particulièrement sur la pension alimentaire. L'article 96 peut mettre en péril des paiements effectués pour pourvoir aux besoins de la famille d'un débiteur pendant les cinq ans avant la faillite. Ces paiements, quand ils visent la consommation ou les dépenses, sont exclus de la définition du mot « règlement » dans l'article 91 actuel. En éliminant cette exclusion, de nombreuses transactions ordinaires et appropriées seront mises en péril. Par exemple, si un débiteur

marié ou un conjoint de fait donne de l'argent à sa conjointe alors qu'il est insolvable, cette conjointe peut devoir répondre au syndic même si les montants étaient raisonnables, faits de bonne foi et aux fins de la consommation de la destinataire du transfert. Certains de nos membres en disconviennent, faisant valoir que le pouvoir discrétionnaire lié à l'utilisation du mot « peut » de l'art. 96 est suffisant pour permettre aux tribunaux de contrôler, limiter et définir la portée appropriée de ce recours.

RECOMMANDATION :

La disposition sur les transactions sous-évaluées ne devrait pas s'appliquer aux opérations effectuées conformément à des accords de séparation ou des ordonnances du tribunal de la famille. Ces transferts devraient être régis soit par la législation provinciale sur les dispositions frauduleuses, soit par un recours en droit de la faillite conçu pour s'appliquer expressément au contexte de la rupture d'un mariage. Le gouvernement devrait de plus envisager de clarifier l'applicabilité de l'article aux transferts sans liens de dépendance visant les pensions alimentaires conformément à des normes légales et morales.

C. Traitements préférentiels

Chapitre 36

Le chapitre 36 remplace les anciennes dispositions sur les traitements préférentiels frauduleux et au nouvel art. 95, prévoit un nouveau moyen de contester les traitements préférentiels. Un traitement préférentiel est défini dans un sens large comme comportant un transfert de bien, une prestation de services, une charge sur un bien, une obligation souscrite ou une procédure judiciaire intentée ou subie par une personne insolvable en faveur d'un créancier. Comme le nouveau recours relatif aux transactions sous-évaluées à l'art. 96, les motifs de contestation dépendent du fait que le créancier qui a reçu le traitement préférentiel présumé traite avec ou sans liens de dépendance :

- **Les transactions sans lien de dépendance** sont nulles si les conditions suivantes sont réunies:
 - (i) la transaction est effectuée dans les *trois mois* de la faillite ou de la proposition concordataire;
 - (ii) la transaction a été effectuée dans l'*intention* de donner à un créancier une préférence sur un autre créancier.
« L'intention de préférence » est présumée si la transaction a pour effet de donner préférence à un créancier même si elle a été faite sous pression.

- **Les transactions avec liens de dépendance** sont nulles si les conditions suivantes sont réunies:
 - (i) la transaction est effectuée dans *un mois* de la faillite ou de la proposition concordataire;
 - (ii) la transaction a pour *effet* de donner à un créancier une préférence sur un autre créancier.

COMMENTAIRE DE L'ABC

La disposition sur les transactions sans liens de dépendance est acceptable dans le contexte de l'insolvabilité personnelle. Toutefois, la Section de l'ABC a de grandes réserves sur la disposition sur les transactions avec liens de dépendance. Selon nous, elle sépare de manière inadmissible le droit statutaire de la politique publique qui le sous-tend. Notre société désire que ses membres agissent dans un sens éthique et moral dans notre société, et l'un des moyens d'y arriver est de nous assurer que nos lois reflètent et encouragent cette moralité sous-jacente. Toutefois, la bonne foi et l'honnêteté n'auront aucune importance en vertu de la disposition avec liens de dépendance et n'aura aucune importance non plus si le débiteur était insolvable au moment d'effectuer la transaction. Bien que des considérations économiques et efficaces puissent justifier cette approche à l'égard d'une d'entreprise, elle est inappropriée et inutile dans le cadre de l'insolvabilité personnelle.

Le recours relatif au traitement préférentiel à l'art. 95 aggrave encore le problème décrit ci-haut à l'égard des opérations sous-évaluées et des accords de séparations ou des transferts ordonnés par le tribunal de la famille. Pour les créanciers liés, comme les époux sont présumés l'être, toute opération dont l'effet est d'accorder une préférence à une partie liée et qui est effectuée dans les 12 mois de la date d'une faillite est nulle. Le test du « créancier lié » ne traite d'aucun élément mental : il s'agit purement d'une question de temps et d'effet,

sans rapport avec la bonne foi, le bien-fondé ou la contrepartie valable. Cela aura des répercussions importantes sur les accords de séparation, même ceux qui sont conclus dans l'attente d'un procès matrimonial. Tout tel accord, et vraisemblablement même un consentement ou une ordonnance non contestée, sera vulnérable si la partie adverse déclare faillite au cours des douze mois suivant l'accord. Ni la bonne foi, ni les conseils juridiques, ni le besoin ne seront suffisants pour défendre la transaction. La révision forcera les parties d'un conflit matrimonial à un procès et réduira l'importance cruciale de la finalité dans les cas de litige matrimonial. Encore une fois, cela crée un conflit avec les tendances judiciaires et législatives très claires qui favorisent le règlement consensuel ou négocié des conflits matrimoniaux.

Nous avons également cerné un problème possible relié à la *Charte* en ce qui concerne ces dispositions. En vertu du chapitre 36, le paragraphe 4(5) de la LFI prévoira que des époux séparés sont réputés avoir des liens de dépendance aux fins des traitements préférentiels et des transactions sous-évaluées. Cette présomption ne s'applique toutefois pas aux conjoints de fait qui se séparent. Les accords de séparation entre des conjoints de fait sont ainsi traités plus favorablement que ceux des conjoints mariés. Aucune justification rationnelle n'existe pour expliquer cette discrimination arbitraire. Il n'y a aucun fondement rationnel pour utiliser la date du divorce comme la ligne séparant les transactions sans lien de dépendance des transactions avec liens de dépendance. Les conjoints qui se séparent, qu'ils soient mariés ou conjoints de fait, devraient être traités de la même manière en vertu de ces dispositions.

Nous nous inquiétons également de l'effet différentiel que cette disposition créera entre les provinces. Il y a essentiellement deux types de régimes de propriété au Canada : l'*égalisation* des biens matrimoniaux nets (Manitoba, Ontario, Québec, Île-du-Prince-Édouard, Territoires du Nord-Ouest et Nunavut) et la *division* (parfois appelée la « répartition ») des biens matrimoniaux (Colombie-Britannique, Alberta, Saskatchewan, Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve et Labrador, Nouvelle-Écosse et Yukon). Dans les provinces d'égalisation, la structure de la loi et de la jurisprudence établit que la législation sur les biens matrimoniaux crée un recours « débiteur-créancier ». Le tribunal doit d'abord établir le montant de la « dette » d'égalisation et les mesures de réparation prévues en vertu

du droit de la famille, comme la dévolution, la création d'une fiducie, le transfert de la moitié du domicile, etc., ne peuvent être appliqués que par la suite. En raison de la relation débiteur-créancier, les transferts ou les paiements effectués pour satisfaire une demande d'égalisation sont essentiellement des transactions qui satisfont une demande de créancier, ce qui fait entrer en jeu la disposition visant le traitement préférentiel proposé à l'art. 95.

Dans les provinces de division, la législation permet au tribunal de famille de « diviser » les biens matrimoniaux. Il n'y a normalement aucune relation débiteur-créancier, seulement une répartition des biens *in specie* de la manière prescrite par le juge (ou par les parties elles-mêmes). Comme il n'y a ni débiteur ni créancier, le recours relatif au traitement préférentiel à l'art. 95 n'est pas invoqué, bien que la transaction elle-même, soit le transfert de la moitié de l'intérêt dans le domicile, puisse être identique.

Cela signifie qu'un accord de séparation ou une ordonnance du tribunal fait, disons, au Manitoba est beaucoup plus vulnérable aux effets de la faillite qu'un accord ou une ordonnance fait, disons, en Saskatchewan. Il n'y a aucune raison valable pour qu'il en soit ainsi. Le traitement de cette question devrait être uniforme dans tout le pays, car il a des répercussions importantes sur la politique publique. Ce traitement devrait être intentionnel et soigneusement conçu, au lieu d'être le sous-produit involontaire de termes généraux.

RECOMMANDATION :

Le recours visant les liens de dépendance à l'art. 95 ne devrait pas s'appliquer dans le cadre d'une faillite personnelle. Tel que recommandé dans le cas des transactions à valeur sous-estimées, le nouveau recours relatif au traitement préférentiel ne devrait pas non plus s'appliquer aux transferts résultant d'accords de séparation ou d'ordonnances du tribunal de la famille. De tels transferts devraient être régis soit par la législation provinciale sur la disposition frauduleuse, soit par un recours en droit de la faillite conçu pour s'appliquer expressément à la rupture du mariage.

D. Prêts étudiants

Chapitre 36

Le chapitre 36 réduit la disposition de non-libération des prêts étudiants de dix ans après la fin des études à sept ans. Elle réduit également le délai des audiences d'indemnité pour préjudice de dix ans après la fin des études à cinq ans (alinéa 178(1)(g) et paragraphe 178(1.1)).

COMMENTAIRE DE L'ABC

La Section de l'ABC est en faveur du sens de cette modification. La Section de l'ABC a déjà défendu la position du GTIP, selon laquelle la période de non-libération des prêts étudiants est réduite à cinq ans, avec les audiences d'indemnité pour préjudice disponibles après un an. La Section de l'ABC reconnaît que tout changement à cette loi doit être accompagné de changements équivalents dans les règles régissant les prêts étudiants. Bien que nous préférions une période de non-libération sensiblement plus courte que sept ans, le problème plus important du chapitre 36 est la non-disponibilité continue d'une audience d'indemnité pour préjudice, et les restrictions de l'éventail des mesures de réparation juridiques disponibles lorsque le préjudice est démontré. Une audience d'indemnité pour préjudice devrait être disponible dans un délai d'un an d'une faillite sinon au moment de l'audience de libération. De plus, l'administration de la justice devient très difficile lorsque, comme la jurisprudence le suggère maintenant, la seule mesure de réparation possible est l'amortissement de tout le prêt étudiant. Le tribunal devrait avoir le pouvoir d'accorder une libération partielle du prêt étudiant dans les cas appropriés.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande : (a) qu'une audience d'indemnité pour une dette de prêt étudiant soit possible dans un délai d'un an de la date de la faillite ou au moment de l'audience de libération ; et (b) que des libérations partielles des prêts étudiants soient permises lors de l'audience d'indemnité pour préjudice, le cas échéant. Enfin, et surtout si ces deux recommandations ne sont pas retenues, la période de non-libération de sept ans devrait être réduite.

E. Revenu excédentaire

Chapitre 36

Le chapitre 36 définit le revenu total comme tous les revenus ayant été gagnés ou reçus pendant que le débiteur est failli, y compris les dommages-intérêts pour congédiement injustifié, un règlement en matière de parité salariale ou une indemnisation d'accidenté du travail, mais ne comprend pas les cadeaux, legs, héritages ou autre gain fortuit reçu pendant cette période (paragraphe 68(2)).

COMMENTAIRE DE L'ABC

La recommandation du GTIP était de définir le revenu total comme comprenant tous les revenus ayant été gagnés en tout temps avant la libération, même s'ils n'ont pas été reçus avant la date de la faillite. Le libellé révisé du chapitre 36 adopte en grande partie la recommandation du GTIP, mais en a changé le libellé d'une manière qui ouvre une brèche. La loi définit désormais le revenu total au paragraphe 68(2) pour inclure les revenus « gagnés ou reçus » pendant la faillite. Cela exclut du revenu total – et donc des biens du patrimoine en vertu de l'art. 67 – des revenus gagnés avant la faillite, mais reçus après la libération. Par exemple, dans le cas d'une demande pour congédiement injustifié ou d'une audience avant la faillite, si le failli reçoit les dommages-intérêts avant la libération, ceux-ci seront inclus au revenu total. S'ils sont reçus après la libération, ils seront exclus du revenu total. Comment régler la question? L'argent n'est pas un « bien acquis plus tard » puisqu'il a été reçu après la libération. La cause de l'action elle-même existait avant la faillite et est donc un « bien du patrimoine ». La loi porte à confusion. Le failli peut-il même régler la poursuite judiciaire après la libération ou le titre de la poursuite est-il dévolu au syndic? Bref, la définition devrait mentionner les revenus gagnés avant la libération qui n'ont pas été reçus avant la date de la faillite.

Le deuxième problème du traitement du revenu excédentaire du chapitre 36 est que la définition du revenu total a à la fois une portée trop limitative et trop large. Elle est trop limitative, car la définition exclut, par inférence, l'élément de revenu perdu des *dommages-intérêts délictuels*. La définition précise que le revenu total inclut « les sommes reçues à titre de dommages-intérêts pour congédiement injustifié ou de règlement

en matière de parité salariale ou en vertu d'une loi fédérale ou provinciale relative aux accidents du travail. » En vertu du principe d'interprétation que la mention de l'un implique l'exclusion de l'autre, cette liste exclut par implication les éléments omis de la liste. Il n'existe aucune raison politique pour laquelle l'art. 68 devrait être restreint seulement aux dommages-intérêts pour congédiement injustifié et exclure les dommages-intérêts pour revenu perdu de toutes les autres réclamations.

La portée trop large se produit du fait que la loi incorpore à l'art. 68 des composantes qui ne devraient pas y être, comme les dommages-intérêts pour souffrances morales dans une réclamation de congédiement injustifié (qui sont personnels et devraient être conservés par le failli), mais pas dans le cas de toute autre réclamation délictuelle. Elle inclut des dommages-intérêts punitifs dans le cas d'un congédiement injustifié, mais dans aucune autre réclamation délictuelle. La définition de revenu total devrait inclure ni plus ni moins que « l'élément de revenu perdu de toute somme reçue à titre de dommages-intérêts », qui incorporerait, par exemple, l'élément de revenu perdu dans une réclamation pour préjudice corporel souffert lors d'un accident de voiture, les dommages-intérêts pour congédiement injustifié et les dommages-intérêts pour violation de droits de la personne.

RECOMMANDATION :

La définition de revenu total devrait mentionner les revenus « gagnés avant la libération qui n'ont pas été reçus avant la date de la faillite », et devrait inclure « l'élément de revenu perdu de toute somme reçue à titre de dommage-intérêts ou d'indemnité à l'égard d'un contrat, d'un préjudice ou d'un droit découlant de la loi ».

F. Vente de biens dans les propositions

Chapitre 36

Le chapitre 36 modifie la LFI pour prévoir que dans le cas d'une proposition, les entreprises débitrices ne peuvent pas vendre ou disposer d'actifs hors du cadre normal des opérations de l'entreprise sans l'approbation du tribunal (paragraphe 65(13)). Cela règle une lacune du chapitre 47 en étendant cette interdiction aux personnes également, mais la loi précise que « dans le cas d'une personne physique qui exploite une entreprise, elle ne peut viser que les actifs acquis ou utilisés dans le cadre de l'exploitation de celle-ci » (paragraphe 65.13(2)).

COMMENTAIRE DE L'ABC

Nous sommes d'accord avec l'inclusion des débiteurs individuels à cette disposition, mais son libellé est imparfait. Elle empêcherait le tribunal d'approuver, à titre d'exemple, la vente ou l'hypothèque d'une maison possédée par un professionnel autonome à moins que la maison n'ait été acquise à des fins d'affaires ou en relation avec celles-ci. Il s'agit vraisemblablement d'une erreur de rédaction, car il n'existe aucune raison politique possible d'empêcher les débiteurs d'avoir accès, avec l'approbation du tribunal, à leurs actifs non commerciaux pour financer une proposition.

RECOMMANDATION :

Le paragraphe 65.13(2) ne devrait pas empêcher le tribunal d'approuver la vente ou la disposition de tout bien par un débiteur individuel dans le cadre d'une proposition.

G. Propositions de consommateurs

Chapitre 36

Le chapitre 36 augmente la limite de la valeur des propositions de consommateurs de 75 000 \$ à 250 000 \$ ou autres montants prescrits (art. 66.11).

COMMENTAIRE DE L'ABC

La Section de l'ABC est en faveur de l'augmentation de la limite de la valeur des propositions de consommateurs. Le plan de proposition de consommateur, contrairement à une faillite ou une proposition commerciale, ne permet toutefois pas à l'administrateur de recouvrer les débours de frais juridiques. Les administrateurs sont susceptibles d'éprouver des problèmes juridiques plus complexes avec l'augmentation de la valeur monétaire des propositions. Ils ne devraient pas subir de réduction de frais s'ils doivent retenir les services de conseillers juridiques.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que le barème des tarifs ou l'annexe des frais applicables aux propositions de consommateurs permette à l'administrateur de recouvrer tous débours en matière de frais juridiques.

H. Organismes de réglementation

Chapitre 36

Le chapitre 36 contient un nouvel article, l'art. 69.6, qui porte sur les répercussions d'une proposition d'entreprise (Division I) sur les démarches réglementaires fédérales ou provinciales. Il prévoit que la suspension automatique d'une proposition concordataire commerciale n'affecte pas l'enquête d'un organisme de réglementation sur un débiteur. Les seules étapes réglementaires suspendues sont celles où l'organisme de réglementation tente d'appliquer ses droits comme créancier (en émettant des ordonnances de paiement ou en sollicitant une telle ordonnance du tribunal). Le tribunal peut déterminer si la suspension des mesures exécutoires d'un organisme de réglementation s'applique dans les circonstances. À l'égard de toutes les autres étapes, le débiteur concordataire peut demander une suspension au tribunal de la faillite, laquelle peut être accordée si les démarches réglementaires mettent en péril la viabilité de la proposition concordataire et que la suspension ne nuit pas à l'intérêt public.

COMMENTAIRE DE L'ABC

Nous sommes d'accord avec ce changement. Nous croyons toutefois que la disposition devrait inclure une mention des propositions de consommateurs. Un débiteur individuel peut, selon le cas, déposer une proposition de consommateur ou une proposition d'entreprise. Pourquoi garder ambiguë la question de savoir si cette disposition est applicable par analogie dans le cas d'une proposition de consommateur?

RECOMMANDATION :

L'article 69.6 devrait s'appliquer à toutes les propositions de faillite.

I. Les recommandations du Sénat ne sont pas incluses dans les chapitres 47 et 36

Des recommandations portant sur l'insolvabilité personnelle contenues dans le rapport du Comité sénatorial des banques n'ont pas été incluses dans les chapitres 47 ou 36. La Section de l'ABC croit que certaines de ces recommandations devraient être adoptées et encourage le Comité sénatorial à soulever à nouveau les questions suivantes dans le rapport sur l'étude qu'il réalise en ce moment.

Ententes de réaffirmation : La Section de l'ABC appuie l'élimination des ententes de réaffirmation tacites, qui peuvent causer une grave injustice.

Sûretés accordées sur la valeur de non-acquisition des biens exclus : La Section de l'ABC appuie (avec des réserves concernant l'inclusion des véhicules automobiles) la recommandation du GTIP et du Comité sénatorial sur les banques et le commerce d'annuler les sûretés accordées sur la valeur de non-acquisition d'un bien exclus. La Section de l'ABC est consciente des abus dans ce domaine en ce qui concerne les meubles et les électroménagers d'un ménage, qui ont habituellement une valeur de revente minime, et la vulnérabilité des débiteurs consommateurs à la coercition. Cette recommandation

remédierait de manière significative la question de la réaffirmation mentionnée ailleurs dans le rapport du Comité sénatorial.

Questions de droit de la famille : Dans son mémoire de février 2005, la Section mentionnait son accord avec les cinq recommandations sur le droit de la famille du rapport du Comité sénatorial. Deux de ces recommandations visent des lacunes techniques contenues dans les modifications sur la pension alimentaire de 1997 à la LFI, qui n'ont jamais eu pour but de nuire à l'application ou au recouvrement de la pension alimentaire. La recommandation que la faillite ne suspend pas ou ne libère pas une demande d'égalisation ou de division des biens exclus correspond à la politique jurisprudentielle exprimée dans les causes rapportées. Elle élimine les dépenses inutiles et le risque auxquels sont confrontés les conjoints des ressorts d'égalisation, soit d'obtenir, avant la réhabilitation du failli, une ordonnance du tribunal leur permettant de continuer leur demande d'égalisation contre des pensions et autres biens exclus. La quatrième recommandation répare une déformation de la jurisprudence qui permet à un syndic d'intervenir dans les litiges matrimoniaux dans des circonstances qui causent un préjudice important. La dernière recommandation crée un nouveau recours contre la dilapidation frauduleuse ou malicieuse ou la dissimulation de biens pour faire obstacles aux demandes de biens familiaux.

Toutes ces recommandations ont été omises du chapitre 47 et du chapitre 36. Nous recommandons l'adoption des recommandations du Sénat à cet égard.