

**Mémoire relatif à
l'examen quinquennal
de la *Loi sur la faillite et*
l'insolvabilité et de la
Loi sur les arrangements avec les
*créanciers des compagnies***

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



Mai 2003

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire relatif à l'examen quinquennal de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la faillite et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

AVANT-PROPOS.....	i
I. INTRODUCTION.....	1
II. QUESTIONS LIÉES AUX PRIORITÉS	2
1. Protection salariale.....	2
2. Cotisations de retraite non payées	4
3. Fournisseurs non payés.....	5
III. PARTICIPATION (GOUVERNANCE).....	6
1. Introduction.....	6
2. Norme d'indépendance pour les administrateurs d'un dossier d'insolvabilité	7
3. Norme de communication complète, exacte et claire	8
4. Publication de la liste des créanciers lors des procédures intentées en vertu de la LACC	8
5. Avocats en tant que syndics	9
6. Représentant des créanciers	10
IV. INSOLVABILITÉ TRANSFRONTIÈRE	10
1. Introduction.....	10
2. Régime canadien actuel	11

3.	L'affaire Holt Cargo Systems	13
4.	La loi type de la CNUDCI	13
5.	Adoption de la loi type de la CNUDCI.....	14
V.	FINANCEMENT DU DIP	16
1.	Financement du DIP dans les propositions faites en vertu de la LFI16	
2.	Fardeau de preuve	17
VI.	SÉQUESTRES INTÉRIMAIRES	18
1.	Introduction.....	18
2.	Compétence du tribunal	19
3.	Incidence sur les droits des tiers touchés.....	20
VII.	INSOLVABILITÉ PERSONNELLE	21
1.	Introduction.....	21
2.	Libération des dettes contractées par suite d'un prêt étudiant [GTIP 2.1]	22
3.	Insaisissabilité des REER en cas de faillite [GTIP 2.2].....	23
4.	Exemptions fédérales facultatives [GTIP 2.3]	26
5.	Sûretés accordées sur les biens personnels insaisissables autres que les sûretés en garantie du prix d'acquisition [GTIP 2.4].....	26
6.	Réaffirmation des dettes libérées [GTIP 2.5]	26
7.	Insolvabilité personnelle transnationale [GTIP 2.6]	27
8.	Recommandations structurelles [GTIP, chapitre 3].....	28
9.	Changements relatifs aux procédures de faillite personnelle et de proposition de consommateur [GTIP, chapitres 4 et 5]	29
VIII.	SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS	31

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui représente dans l'ensemble du Canada 38 000 juristes, soit des avocat(e)s, des notaires, des professeur(e)s et des étudiant(e)s de droit ainsi que des juges. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section nationale de la faillite et de l'insolvabilité de l'Association du Barreau canadien. L'assistance du Bureau national a été fournie par la Direction de la législation et de la réforme du droit. Le présent mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et approuvé à titre de position officielle de la Section nationale de la faillite et de l'insolvabilité de l'Association du Barreau canadien.

Mémoire relatif à l'examen quinquennal de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

I. INTRODUCTION

La Section nationale de la faillite et de l'insolvabilité de l'Association du Barreau canadien (la Section de l'ABC) est heureuse de présenter le présent mémoire au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce ((le Comité sénatorial des banques) pour qu'il en tienne compte lors de son examen quinquennal de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (la LFI) et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la LACC).

La Section de l'ABC a un long passé de contributions aux projets de réforme déposés par le gouvernement sur ces sujets. Le présent mémoire est l'aboutissement d'un processus consultatif national avec les membres de l'Exécutif de la Section dans toutes les régions du Canada fondé sur nos précédents mémoires à propos de la réforme du régime de la faillite et de l'insolvabilité.

Le mémoire est divisé en six parties principales :

- Questions liées aux priorités
- Participation (gouvernance)
- Insolvabilité transfrontière
- Financement du DIP
- Séquestres intérimaires
- Insolvabilité personnelle

II. QUESTIONS LIÉES AUX PRIORITÉS

1. Protection salariale

Nous reconnaissions que les employés non payés doivent recevoir une meilleure protection en cas d'insolvabilité. Les salariés se trouvent dans une situation vulnérable. Ils dépendent économiquement de chèques de paie hebdomadaires ou remis toutes les deux semaines, mais ils ne peuvent se protéger adéquatement en tant que créanciers lorsqu'un employeur devient insolvable. Le rapport d'Industrie Canada intitulé *Les priorités d'origine législative dans les cas d'insolvabilité commerciale* détermine un certain nombre d'options potentielles de protection des salariés¹ :

- une superpriorité sur les biens de l'employeur, semblable à celle de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC) pour les retenues salariales non remises;
- la reconnaissance de priorités provinciales en vigueur au sein du régime de la LFI;
- un fonds de protection salariale;
- le renoncement à la période d'attente de deux semaines de l'assurance-emploi.

Les auteurs du rapport ont conclu qu'une « superpriorité a suscité le plus d'appui [...] [même si l'on envisage] l'imposition d'une limite stricte; celle-ci comprendrait un plafond en ce qui concerne les montants réclamés, une période de protection de courte durée (on a proposé une période de paie) et la protection des salaires uniquement (en excluant les paies de vacances et les indemnités de départ) ».

1

Direction de la politique des lois commerciales, Industrie Canada, *Les cas d'origine législative dans les cas d'insolvabilité commerciale* (2001)

La Section de l'ABC soutient qu'une superpriorité ne constitue pas une façon équitable ni efficace de protéger un salarié. En particulier :

- a) Elle place tout le fardeau financier sur les créanciers (particulièrement les créanciers garantis) plutôt que de répartir le risque sur tous les autres intervenants intéressés, en particulier, les employeurs et les employés.
- b) L'ajout d'autres superpriorités à celle de l'ADRC aura une incidence négative sur les calculs de la marge des prêteurs et réduirait la possibilité de crédit.
- c) La reconnaissance et l'application des superpriorités font depuis longtemps l'objet de procédures judiciaires non satisfaisantes. Dans l'arrêt *Banque Royale c. Sparrow*, la Cour suprême du Canada a indiqué que la jurisprudence dans ce domaine était [Traduction] « confuse » et un «domaine malheureux du droit »². D'autres tentatives législatives visant la précision et l'amélioration de la superpriorité de l'ADRC n'ont pas créé la certitude souhaitable pour des besoins commerciaux.³
- d) L'expérience relative à l'administration et à l'application de la superpriorité de l'ADRC a été durement critiquée par les intervenants⁴.
- e) La collecte des fonds réalisées à partir d'une superpriorité pour payer les employés seront difficiles et retardées. Les demandes salariales non payées actuelles sont décidées et administrées par les régimes de normes d'emploi provinciaux. Tant que les organismes de normes d'emploi tireront un produit des biens des employeurs insolubles, il n'y aura rien à distribuer aux employés non payés. La transformation de la priorité actuelle pour les salaires non payés en une superpriorité ne fera pas en sorte que les employés aient de l'argent lorsqu'ils en auront besoin.

La question de la protection adéquate des employés non payés en cas de faillite a été débattue à plusieurs occasions auparavant par le Parlement. Le rapport Coulter (1986), le Comité consultatif sur les rajustements (1989) et le projet de loi C-22 (1991) ont tous permis de conclure qu'un fonds de protection de salarié offrait une solution équitable et efficace sur le plan administratif⁵.

² *Banque Royale c. Sparrow* (1997), 44 C.B.R. (3d) 1 (C.S.C.) à la p. 20.

³ *Minister of Finance v. Schwab* [2002] S.J. No. 16, *Royal Bank v. Tuxedo Transport*, (2000) DTC 6501 (C.A. C.-B.), *Daimler Chrysler v. Mega Pets* (2002) B.C.J. No. 808 (C.A. C.-B.), *First Vancouver Finance c. M.R.N.* (2002) 212 D.L.R. (4th) 615 (C.S.C.).

⁴ Voir Industrie Canada, *résumé des commentaires reçus lors des consultations*, 2002, et « *Forced Collectivization CCRA Style? Creditors' Response to the Latest Source Deduction Priority* » (2002) 17 N.C.D. Rev. 1.

⁵ Rapport du Comité consultatif sur la faillite et l'insolvabilité (1986), Rapport du Comité consultatif sur les rajustements (1989),

Un fonds de protection administré en vertu du régime d'assurance-emploi permettrait un moyen équitable, efficace et rapide de protéger les salariés d'un employeur insolvable. Le régime d'assurance-emploi reconnaît l'admissibilité des employés relativement rapidement. Il est recommandé que chaque employé reçoive, lors de l'arrêt des activités de l'entreprise, jusqu'à 90 p. 100 du salaire non payé pour une période de paie jusqu'à concurrence de 2 000 \$. Le fonds à partir duquel le régime d'assurance-emploi pourrait retirer des montants devrait être approvisionné par les intervenants y ayant le plus grand intérêt : les employés et les employeurs eux-mêmes. Sur paiement aux employés, le fonds serait subrogé aux droits des employés.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande la création d'un fonds de protection des salariés grâce auquel chaque employé aurait droit de recevoir jusqu'à 90 p. 100 du salaire non payé d'une période de paie jusqu'à concurrence de 2 000 \$. Le fonds sera administré et distribué en vertu du régime d'assurance-emploi et approvisionné au moyen d'un prélèvement imposé aux employeurs et aux employés.

2. Cotisations de retraite non payées

Un grand nombre des considérations examinées sous la protection salariale s'appliquent au problème des cotisations de retraite non versées. Industrie Canada a conclu dans son rapport qu'une superpriorité constituait la solution privilégiée, dans la mesure où la superpriorité était limitée par un plafond des montants et une couverture des cotisations uniquement (non des dettes non provisionnées) et qu'elle était limitée aux pertes accumulées pendant une période de paie⁶.

Pour les mêmes raisons que celles présentées en matière de protection salariale, la Section de l'ABC soutient que la création et la mise en œuvre d'une autre superpriorité n'apporteront pas une solution efficace et équitable. Si le Parlement a l'intention de fournir une autre forme de protection pour les cotisations de

projet de loi C-22, 3e session, 34e parl., 1991.

6 *Supra*, note 1.

retraite non versées, cette question devrait être traitée de la même façon que le salaire non payé.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que si le Parlement souhaite fournir une protection aux cotisants des cotisations de retraite non versées en cas de faillite, cela pourrait s'accomplir dans le cadre du fonds de protection des salariés comme on l'a mentionné ci-dessus.

3. Fournisseurs non payés

Après des années de réforme et de suggestions des différents groupes d'intérêt, le Parlement a modifié la LFI en 1992 de façon à prévoir une protection limitée des fournisseurs non payés de biens.

L'article 81.1 de la LFI a été difficile à appliquer en pratique et qu'il est largement illusoire. En particulier, l'exigence relative à la chronologie selon laquelle le droit du fournisseur de reprendre possession doit être exercé par avis envoyé au cours des 30 jours suivant la livraison des biens crée des problèmes administratifs et d'équité. L'exigence de l'avis ne vise pas les 30 jours suivant immédiatement la faillite, mais plutôt la période de 30 jours à compter de la date à laquelle les biens ont été livrés. Ainsi, par exemple, si les biens ont été livrés le 1^{er} novembre et que le débiteur fait faillite le 30 novembre, la demande du fournisseur doit être remise au syndic ou au séquestre au plus tard le 1^{er} décembre. Étant donné que le droit du fournisseur de demander de reprendre possession des biens ne se réalise pas avant la faillite ou la mise sous séquestre, le moment de la demande prévu par la loi est problématique. En outre, il demeure une préoccupation du point de vue de l'établissement de politiques selon laquelle les fournisseurs de biens se voient accorder un traitement préférentiel non accordé aux fournisseurs de services ou de crédit.

La Section de l'ABC soutient que si le Parlement souhaite conserver le droit des fournisseurs non payés à la reprise de possession, les dispositions relatives à la chronologie de l'article 81.1 de la LFI devraient être modifiées de façon à ce qu'un avis soit donné au syndic ou au séquestre au cours des 15 jours suivant la date de la faillite ou de la mise sous séquestre pour des biens livrés au cours des 30 jours précédent la faillite ou la mise sous séquestre. Cela permettrait une certitude relative quant aux périodes utilisées par tous les intervenants au processus.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que si le Parlement souhaite conserver le droit des fournisseurs non payés à la reprise de possession, l'article 81.1 de la LFI devrait alors être modifié de façon à prévoir que les droits qui y sont visés peuvent être exercés sur présentation d'un avis au syndic ou au séquestre au cours des 15 jours suivant immédiatement la date de la faillite ou de la mise sous séquestre pour des biens livrés au cours des 30 jours précédent immédiatement cette date. Les autres conditions d'application de l'article 81.1 devraient demeurer en vigueur.

III. PARTICIPATION (GOUVERNANCE)

1. Introduction

Sous cet intitulé, nous avons regroupé un certain nombre de recommandations qui visent à améliorer le fonctionnement du système sur l'insolvabilité selon les points de vue des participants et des intervenants, et à supprimer les obstacles qui empêchent actuellement de participer au système sur l'insolvabilité.

L'insolvabilité joue un rôle beaucoup plus important dans la vie commerciale qu'auparavant, en raison de la création d'une culture de «réorganisation» et du fait que le dépôt d'une procédure d'insolvabilité n'est plus accompagné de

stigmate. Même si le rôle du processus d'insolvabilité dans l'économie a fait augmenter la participation des intervenants, le processus ne s'est pas développé de façon à suivre la trace des résultats de cette participation. Cela peut entraîner une perte de confiance parmi les intervenants. Nous croyons que des aspects clés du régime actuel d'insolvabilité pourraient être modifiés de façon à accroître la confiance des intervenants.

2. Norme d'indépendance pour les administrateurs d'un dossier d'insolvabilité

Le processus d'insolvabilité fonctionne actuellement grâce à la nomination par les débiteurs, les créanciers ou la Cour de (1) parties supervisant les aspects financiers liés à la réorganisation des débiteurs et de (2) parties gérant et réalisant la liquidation des biens des débiteurs. Toutes les personnes nommées par la Cour sont des officiers de justice et donc responsables devant tous les intervenants. Cependant, des aspects de la norme actuelle pour la nomination peuvent mener à la perception selon laquelle l'administrateur d'un dossier d'insolvabilité n'est pas véritablement indépendant. Par exemple, dans le cadre d'une réorganisation en vertu de la LACC, le vérificateur du débiteur peut agir en tant que contrôleur. Bien que nous reconnaissions que les officiers de justice agissent comme des parties indépendantes et n'ont pas d'intérêts acquis pour le débiteur, nous croyons également que l'apparence d'indépendance est importante. Nous sommes d'avis que le processus d'insolvabilité pourrait être mieux servi par l'intégration d'une norme générale d'indépendance pour tous les administrateurs d'un dossier d'insolvabilité, y compris les syndics, les séquestrés, les séquestrés intérimaires et les contrôleurs. Cela éliminerait tout conflit d'intérêts et éviterait les situations où une obligation est due tant au débiteur qu'aux créanciers.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande qu'une norme générale d'indépendance des représentants à l'insolvabilité soit adoptée, exigeant que tous les administrateurs d'un dossier d'insolvabilité

soient indépendants.

3. Norme de communication complète, exacte et claire

L'information, que ce soit l'accès à l'information ou la précision de l'information reçue, est extrêmement importante pour les participants au processus d'insolvabilité. Dans le contexte d'une réorganisation ou d'une liquidation, les intervenants sont appelés à prendre des décisions importantes qui auront une incidence sur leurs propres intérêts économiques ainsi que sur les intérêts des autres intervenants. Dans le domaine de la réglementation des sûretés, où l'accès à l'information et la précision de cette dernière revêtent également une importance fondamentale, les participants au marché sont soumis à la règle prévoyant que la communication doit être «complète, exacte et claire». Nous croyons qu'une exigence législative prévoyant que les administrateurs d'un dossier d'insolvabilité et les débiteurs accomplissent une communication complète, exacte et claire pour chaque document important qu'ils publient dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité faciliterait une prise de décision éclairée de la part des intervenants.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que la LFI et la LACC exigent que les administrateurs d'un dossier d'insolvabilité et les débiteurs accomplissent une communication complète, exacte et claire pour chaque document important qu'ils publient dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

4. Publication de la liste des créanciers lors des procédures intentées en vertu de la LACC

Les créanciers ordinaires comptent parmi les intervenants les plus importants dans le cadre d'une insolvabilité. Cela s'explique par le fait que bien que les demandes individuelles des créanciers ordinaires soient petites, en tant que groupe, ils représentent souvent l'un des groupes d'intérêt les plus importants dans le cadre d'une insolvabilité. Nous croyons qu'il est important que les créanciers ordinaires aient l'occasion de participer activement à la procédure d'insolvabilité afin de

protéger leurs intérêts. La façon la plus efficace pour ces créanciers de participer est de le faire en groupe.

Même si la LACC exige que le contrôleur avise les créanciers du début de la procédure, une liste de créanciers n'a pas à être préparée ni publiée dans le cadre des procédures intentées en vertu de la LACC. En conséquence, les créanciers ordinaires ne peuvent se regrouper pour s'assurer que leur voix sera entendue dans le cadre de la réorganisation. D'un autre côté, des listes de créanciers sont préparées et distribuées dans le cadre des réorganisations en vertu de la LFI.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que la LACC soit modifiée de façon à exiger la préparation et la distribution d'une liste de créanciers au début d'une réorganisation en vertu de la LACC et que la liste soit distribuée à tous les créanciers à qui un montant supérieur à 10 000 \$ est dû et à tout autre créancier sur demande écrite.

5. Avocats en tant que syndics

Actuellement, une restriction administrative est imposée aux avocats agissant à titre de syndic. Un avocat qui souhaite devenir un syndic doit s'engager à ne pas exercer le droit. Le fondement de cette restriction réside dans la perception selon laquelle le rôle d'un avocat n'est pas compatible avec celui d'un syndic. Nous sommes d'avis que cette restriction devrait être supprimée et que toute personne qui termine le cours et réussit aux examens devrait être autorisée à agir comme syndic. Nous n'avons pas eu connaissance d'un conflit entre le rôle d'un avocat et celui d'un syndic, dans la mesure où l'avocat ne joue pas les deux rôles à l'égard de la même affaire. En outre, il n'existe pas de restriction quant à la capacité d'un avocat à agir en tant que séquestre nommé de façon privée ou par la cour ou en tant que contrôleur dans le cadre d'une procédure en vertu de la LACC.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que la restriction contre les avocats

agissant comme syndics soit supprimée.

6. Représentant des créanciers

La Section de l'ABC n'a aucun commentaire à formuler quant à la question des comités et des inspecteurs de créanciers dans le contexte d'une proposition en vertu de la LFI ou d'une réorganisation en vertu de la LACC.

IV. INSOLVABILITÉ TRANSFRONTIÈRE

1. Introduction

Nous reconnaissons que la progression de la mondialisation a entraîné une augmentation spectaculaire de l'insolvabilité transfrontière. Une insolvabilité transfrontière survient dans toute situation où une entreprise exploitant ses activités dans plus d'un pays entreprend (ou est forcée d'entreprendre) une procédure d'insolvabilité. Au cours des dernières années, des procédures d'insolvabilité de taille moyenne et importante au Canada concernaient des intervenants dans au moins un autre pays que le Canada.

Nous reconnaissons également que les cas d'insolvabilité transfrontière présentent un défi unique pour les intervenants et les tribunaux qui coordonnent et harmonisent l'administration d'une liquidation ou d'une réorganisation pour des intervenants provenant de plusieurs pays. Bien que dans certains cas il soit possible de s'occuper de biens étrangers sans entreprendre une procédure dans les pays où ils sont situés, le plus souvent, l'insolvabilité transfrontière comportera des procédures dans de multiples pays. Dans de telles situations, une préoccupation fondamentale concerne l'étendue à laquelle un régime d'insolvabilité national peut être utilisé pour faciliter l'administration efficace de la procédure d'insolvabilité.

Une insolvabilité transfrontière peut être administrée selon que des procédures « complètes » ou « plénieries » ont lieu dans chaque pays. Ces procédures autonomes se déroulant en vertu du régime d'insolvabilité national d'un pays sont

ensuite coordonnées l'une avec l'autre pour permettre l'administration de la liquidation ou de la réorganisation. Comme solution de rechange au dépôt de procédures complètes ou plénier dans différents pays, il est possible pour l'administration d'une insolvabilité en vertu du droit étranger de demander l'aide des tribunaux dans différents pays où les débiteurs possèdent des biens sans entreprendre la procédure complète d'insolvabilité dans ces pays. Ces procédures « secondaires » complètent l'unique procédure complète ou plénier.

2. Régime canadien actuel

Par le passé, les tribunaux canadiens ont reconnu et accordé l'adhésion déférante aux procédures d'insolvabilité entreprises dans un autre pays dans la mesure où le débiteur avait un lien suffisant avec le pays où la procédure avait été entreprise. Le recours accordé par les tribunaux canadiens relativement aux procédures d'insolvabilité transfrontière comprenait la reconnaissance des représentants d'insolvabilité nommés dans le cadre de la procédure étrangère, l'octroi d'une suspension de la procédure canadienne sur la base d'une suspension accordée dans le cadre de la procédure étrangère, et la remise des biens personnels à être administrés dans le cadre de la procédure étrangère.

En 1997, la LFI et la LACC ont été modifiées de façon à comprendre des dispositions précises traitant des cas d'insolvabilité transfrontière. Ces dispositions, la partie XIII de la LFI et l'article 18.6 de la LACC, sont considérablement semblables dans leur approche de l'administration d'une insolvabilité transfrontière. Cependant, la LACC a récemment été interprétée plus largement par les tribunaux.

Les aspects essentiels du régime canadien actuel d'insolvabilité transfrontière peuvent être résumés de la façon suivante.

- a) **Suspension de la procédure :** L'article 269 de la LFI prévoit que dans le cas où des procédures sont suspendues à l'égard d'un débiteur dans le cadre de procédures intentées à l'étranger, la suspension n'est pas opposable aux créanciers qui résident ou font affaires au Canada *en ce qui touche les biens du débiteur situés au Canada*.

- b) **Commencement d'une procédure canadienne :** La capacité d'une entreprise étrangère à entreprendre une procédure d'insolvabilité au Canada n'est pas limitée, et la LFI ainsi que la LACC reconnaissent la présence des biens au pays comme un fondement suffisant qui permet d'entreprendre la procédure. Le paragraphe 2(1) de la LFI, par exemple, définit une « personne morale » de façon à comprendre « toute autre personne morale constituée en quelque lieu et qui est autorisée à exercer des activités au Canada ou qui y a un bureau ou y possède des biens [...] ». Le fait qu'une procédure a été entreprise dans un autre pays n'empêche pas qu'on puisse en entreprendre une au Canada.
- c) **Représentant étranger ou procédures intentées à l'étranger :** Le régime d'insolvabilité canadien permet à un « représentant étranger » de comparaître devant un tribunal canadien, de demander différents recours relativement aux opérations ou aux biens canadiens d'un débiteur étranger, y compris l'octroi d'une suspension de la procédure, le droit d'effectuer des interrogatoires et la nomination d'un séquestre intérimaire, entre autres.
- Un « représentant étranger » est défini comme une personne qui exerce, dans le cadre de procédures d'insolvabilité intentées à l'étranger, des fonctions semblables à celles d'un syndic, liquidateur, administrateur ou séquestre au Canada. L'expression «procédures intentées à l'étranger», à son tour, est définie comme des procédures judiciaires ou administratives engagées à l'étranger au titre du droit relatif à la faillite ou à l'insolvabilité et touchant les droits de l'ensemble des créanciers.
- d) **Pouvoir discrétionnaire de la cour :** Les dispositions de la partie XIII de la LFI et de l'article 18.6 de la LACC ne comprennent pas tous les recours disponibles à l'égard d'une procédure d'insolvabilité intentée à l'étranger, et on n'a pas à les assujettir à une procédure intentée à l'étranger. Rien dans la partie XIII de la LFI ou l'article 18.6 de la LACC n'empêche les tribunaux canadiens d'appliquer les règles juridiques ou d'equity régissant la reconnaissance des cas d'insolvabilité à l'étranger, et les tribunaux n'ont pas à appliquer une ordonnance rendue à l'étranger ou à rendre une ordonnance qui ne soit pas compatible aux lois du Canada.
- e) **Utilisation des protocoles d'insolvabilité transfrontière :** La LFI et la LACC accordent au tribunal la compétence explicite de communiquer avec les tribunaux étrangers. Le tribunal peut également rendre des ordonnances et accorder des mesures de redressement qu'il estime appropriées pour faciliter, améliorer ou mettre en œuvre des arrangements qui auront pour résultat la coordination de procédures intentées en vertu de la LFI ou de la LACC et de procédures intentées à l'étranger. Grâce à cette compétence, les tribunaux ont approuvé les protocoles d'insolvabilité transfrontière pour coordonner les procédures d'insolvabilité canadiennes intentées en vertu de la LFI et de la LACC et les procédures d'insolvabilité intentées en vertu du *United States Bankruptcy Code*.

3. L'affaire Holt Cargo Systems

La Cour suprême du Canada a récemment examiné l'approche canadienne en matière d'insolvabilité transfrontière dans le contexte d'une demande de suspension d'une procédure canadienne pour l'assujettir au résultat d'une procédure d'insolvabilité intentée à l'étranger. Dans l'arrêt *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, la Cour suprême du Canada a reconnu ce qui est parfois appelé l'approche « territoriale modifiée » ou « pluraliste » à l'égard de l'insolvabilité transfrontière⁷. Cette approche favorise le dépôt de procédures d'insolvabilité nationales afin de s'assurer que les intérêts des parties devant les tribunaux canadiens sont protégés et qu'une coopération s'installe entre les différents pays.

La Cour suprême a conclu que cette approche « consiste à admettre que différents ressorts peuvent avoir un intérêt légitime et concomitant dans le déroulement d'une faillite internationale, et que les droits réclamés devant les tribunaux canadiens peuvent mais ne doivent pas nécessairement être subordonnés à un régime de faillite étranger dans un cas particulier. Cette approche générale témoigne d'un désir de coordination plutôt que de subordination, où l'on ne fait preuve de déférence qu'après avoir bien examiné toutes les circonstances pertinentes [...] ». La Cour suprême a conclu que lorsque les tribunaux canadiens sont appelés, dans un contexte d'insolvabilité transfrontière, à reconnaître une procédure d'insolvabilité intentée à l'étranger, ils doivent être conscients des difficultés auxquelles sont confrontés les représentants d'insolvabilité étrangers dans l'accomplissement de leur mandat public de rétablir l'ordre dans un désordre financier, mais ils doivent tenir compte de la nécessité de rendre justice aux parties qui se présentent devant les tribunaux canadiens.

4. La loi type de la CNUDCI

Au moment même où la partie XIII de la LFI et l'article 18.6 de la LACC étaient élaborés au Canada, on s'efforçait, au niveau international, de résoudre le

7

Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de), [2001] 3 R.C.S. 907, 30 C.B.R. (4th) 6.

problème des cas d'insolvabilité ayant des répercussions internationales. Entre 1995 et 1997, le Groupe de travail sur la législation en matière d'insolvabilité de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a élaboré une loi type d'insolvabilité transfrontière. Le Canada a joué un rôle actif au sein du Groupe de travail de la CNUDCI et il a appuyé l'adoption de la loi type par cet organisme. La CNUDCI a adopté la loi type sur l'insolvabilité transfrontière en mai 1997.

Les aspects clés de la loi type sont résumés dans un document d'information préparé pour Industrie Canada par le professeur Marvin Baer ainsi que dans un rapport présenté par le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation (le rapport du Groupe de travail) au Comité sénatorial des banques dans le cadre de ces procédures⁸.

À ce jour, la loi type a été adoptée par l'Afrique du Sud, le Mexique et l'Érythrée. Le Japon a récemment adopté une loi qui ressemble à la loi type, et la loi actuellement en suspens aux États-Unis modifierait le *United States Bankruptcy Code* de façon à inclure l'adoption de la loi type. La commission du droit de la Nouvelle-Zélande a rédigé un rapport en 1999 dans lequel on recommandait l'adoption de la loi type⁹.

5. Adoption de la loi type de la CNUDCI

Bien qu'il semble généralement accepté que la partie XIII de la LFI et l'article 18.6 de la LACC s'appliquent bien en pratique, la Section de l'ABC croit que l'adoption de la loi type devrait être recherchée par le Canada. Le Canada a joué un rôle essentiel dans l'élaboration de la loi type. Nous souscrivons à la

⁸ M. Baer, *L'incidence de la Partie XIII de la LFI et de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité transfrontière* (1998); Rapport du groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. (2003)

⁹ New Zealand Law Commission, *Cross Border Insolvency – Should New Zealand adopt the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency?* (1999).

déclaration du professeur Baer selon laquelle l'incidence de l'adoption de la loi type ne sera pas importante, mais que l'adoption aiderait à faire progresser l'harmonisation internationale en ce qui concerne le traitement des cas d'insolvabilité internationale qui devrait faciliter l'administration des cas d'insolvabilité transfrontière. Nous croyons que le régime d'insolvabilité transfrontière devrait refléter l'approche pluraliste ou territoriale modifiée (l'approche canadienne) à l'égard des cas d'insolvabilité transfrontière reconnus par la Cour suprême dans l'arrêt *Holt Cargo Systems* et qu'il devrait permettre de s'assurer que les procédures d'insolvabilité intentées à l'étranger ne nuisent pas aux intérêts des intervenants canadiens¹⁰. Certaines modifications à la loi type seront nécessaires pour réaliser ces objectifs. Par exemple, la loi type n'exige pas qu'un avis de demande soit donné à l'égard des procédures d'insolvabilité intentées à l'étranger.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande l'adoption de la loi type de la CNUDCI dans le cadre de la LFI ou la LACC (sous réserve des modifications pouvant être nécessaires pour coordonner les dispositions de la loi type avec la LFI et la LACC). La Section de l'ABC recommande également que la loi type, ainsi qu'elle sera adoptée, soit modifiée afin de s'assurer que la reconnaissance d'une procédure intentée à l'étranger ne nuise pas aux intérêts des intervenants canadiens.

On devrait ajouter des dispositions : (i) exigeant que les intervenants canadiens soient avisés de toute procédure visant à reconnaître les procédures intentées à l'étranger; (ii) accordant aux intervenants canadiens la possibilité d'entreprendre des procédures en vertu de la LFI ou de la LACC en fonction de l'existence d'une procédure intentée à l'étranger; et (iii) prévoyant que la reconnaissance d'une procédure intentée à l'étranger ou l'octroi d'une ordonnance relative à une procédure intentée à l'étranger relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal canadien.

V. FINANCEMENT DU DIP

La présente partie de notre mémoire aborde les propositions se rapportant au financement du débiteur-exploitant (DIP) contenues dans le rapport du Groupe de travail¹¹. Nous appuyons les recommandations qui y sont contenues, à l'exception de la capacité d'obtenir un financement du DIP dans le contexte d'une proposition faite en vertu de la LFI et du fardeau de preuve reposant sur le débiteur qui doit établir que le financement du DIP est approprié en vertu de la LFI et de la LACC.

1. Financement du DIP dans les propositions faites en vertu de la LFI

La préoccupation apparente se cachant derrière la recommandation selon laquelle le financement du DIP ne doit pas s'appliquer aux propositions faites en vertu de la LFI est que : le financement du DIP devrait être relativement exceptionnel; qu'il peut entraîner la poursuite exagérée de procédures de restructuration qui sont vouées à l'échec; et qu'il peut être utilisé de façon abusive. Au contraire, nous croyons que les mêmes facteurs qui sont à l'origine du besoin d'un financement du DIP dans le cadre d'une réorganisation en vertu de la LACC existent également pour les propositions faites en vertu de la LFI. La question de l'admissibilité au financement du DIP devrait dépendre de l'application, à la situation d'un débiteur donné, des critères proposés dans le rapport du groupe de

travail¹².

Nous recommandons que la LFI soit modifiée de façon à prévoir un financement du DIP qui soit compatible avec les modifications de la LACC proposées dans le rapport du groupe de travail¹³. Il se pourrait qu'en pratique les débiteurs réussissent moins souvent à obtenir des ordonnances de financement du DIP en vertu de la LFI qu'en vertu de la LACC. Néanmoins, nous préférerions que cette décision soit prise en fonction de chaque cas.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande d'adopter les propositions relatives au financement du DIP dans le rapport du JTF et que le financement du DIP soit disponible de façon uniforme tant pour les propositions faites en vertu de la LFI que les réorganisations en vertu de la LACC.

2. Fardeau de preuve

L'octroi d'un financement du DIP a une incidence fondamentale sur les intérêts des intervenants du débiteur. Nous sommes d'avis qu'il convient d'assigner le fardeau d'établir le bien-fondé d'un financement du DIP au débiteur.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que le débiteur se voit expressément imposé le fardeau de preuve lors de la demande d'un financement du DIP.

11 *Supra*, note 8.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

VI. SÉQUESTRES INTÉRIMAIRE

1. Introduction

Le recours accru aux services de séquestres intérimaires nommés en vertu de l'article 47 de la LFI comme méthode de réalisation de ce qui correspond à une liquidation des biens du débiteur au bénéfice du créancier garanti a suscité un certain débat national. Parmi les sujets de préoccupation, on compte : la portée des pouvoirs du séquestre intérimaire; le fondement de la portée des ordonnances rendues; et l'incidence sur les droits des tiers touchés en l'absence d'un tribunal décident de la nécessité de telles liquidations avant le jugement. L'expérience nationale à l'égard de ces ordonnances varie grandement. Les ordonnances les plus larges sont généralement octroyées en Ontario et, dans une moindre mesure, au Québec, alors qu'une approche plus traditionnelle en ce qui concerne les fonctions de séquestre intérimaire existe dans les provinces de l'Ouest et de l'Atlantique.

Avant la modification de 1992 de la LFI, le rôle du séquestre intérimaire était simple et bien compris. Le séquestre intérimaire était un surveillant temporaire des biens du débiteur, nommé, lorsque c'était nécessaire, afin de protéger le patrimoine ou les intérêts des créanciers en attendant le prononcé d'une ordonnance de séquestre. Cela s'accomplissait sans interférence avec les opérations de l'entreprise du débiteur et sans que le séquestre intérimaire n'ait la possession ni le contrôle des biens du débiteur. Cependant, depuis l'affaire de 1995 *Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development) v. Curragh Inc.*, le rôle du séquestre intérimaire a pris beaucoup d'ampleur¹⁴. Les services du séquestre intérimaire en vertu de la LFI sont maintenant régulièrement utilisés dans certaines provinces, ce qui permet à ce dernier de prendre possession des biens du débiteur, d'exploiter son entreprise et, dans de nombreux cas, de vendre ces biens et de distribuer le produit aux créanciers garantis avant jugement.

En conséquence, les séquestrés intérimaires possèdent tous, ou presque tous, les attributs d'un syndic ou d'un séquestre nommé par la cour (comme la suspension des procédures, la suspension de droits contractuels, l'immunité environnementale, l'immunité procédurale, la capacité d'effectuer des ventes en bloc sans se conformer à la loi portant sur les ventes en bloc, ou l'application nationale) sans avoir les obligations et responsabilités connexes qui se retrouvent dans ces circonstances.

Habituellement, le séquestre intérimaire est nommé sur l'ordre d'un créancier garanti et il possède des pouvoirs élargis. Ces pouvoirs comprennent la capacité de prendre possession des biens et de négocier une vente de la totalité, ou presque, des biens du débiteur, tout en suspendant les procédures intentées contre le débiteur ou les biens et empêchant les tiers de résilier leurs contrats avec le débiteur pendant la durée de la suspension. Une fois qu'une offre satisfaisante pour les biens a été obtenue, souvent par soumission, le séquestre demande l'approbation par le tribunal de la vente et une ordonnance censée être applicable dans toutes les provinces canadiennes.

Il semble que ce rôle élargi ait été graduellement adopté dans certains pays sans débat important quant à son bien-fondé. Bien qu'il soit avantageux pour les créanciers garantis, il ne permet pas la protection du débiteur, des créanciers ordinaires ou des tiers touchés, dont les droits sont beaucoup plus limités qu'ils ne le seraient dans un contexte de faillite ou si le séquestre était nommé par la cour. En conséquence, dans certains cas récents, dont *Re Big Sky Living Inc.*, les tribunaux ont refusé d'accorder le pouvoir élargi demandé¹⁵.

2. Compétence du tribunal

L'article 47 de la LFI permet la nomination d'un séquestre intérimaire lorsqu'il est nécessaire de protéger les biens du débiteur ou les intérêts du créancier garanti. L'alinéa 47(2)b) permet à un séquestre intérimaire d'exercer sur ces biens

¹⁵ *Re Big Sky Living Inc.* (2002), (37 C.B.R. (4th) 42 (B.R. Alta).

ainsi que sur les affaires du débiteur le degré de contrôle que le tribunal estime indiqué. La LFI poursuit ensuite à l'alinéa 47(2)c) en précisant que le tribunal peut enjoindre au séquestre intérimaire « [...] de prendre toute autre mesure qu'il estime indiquée ». Cependant, aucun pouvoir n'est précisément énuméré dans la LFI quant aux ordonnances qui sont fréquemment accordées dans le contexte d'une mise sous séquestre intérimaire. Nous croyons que si le rôle en croissance des séquestres intérimaires est jugé approprié, alors la compétence des tribunaux à l'égard de ces derniers doit être définie plus clairement, et la LFI doit prévoir un pouvoir précis de rendre les ordonnances demandées.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que le rôle du séquestre intérimaire soit défini plus clairement dans la LFI, afin de refléter la façon dont la charge est utilisée en pratique dans le but d'harmoniser l'application des dispositions au Canada.

3. Incidence sur les droits des tiers touchés

Les ordonnances dans lesquelles on nomme les séquestres intérimaires en vertu du paragraphe 47(1) de la LFI sont habituellement rendues en l'absence d'une partie, et elles offrent très peu de protection aux créanciers ordinaires et aux autres parties touchées. Selon l'état actuel des choses, la définition de « séquestre » de l'article 243 de la LFI ne comprend pas le séquestre intérimaire. En conséquence :

- Les séquestres intérimaires ne sont pas tenus de donner un avis de leur nomination aux créanciers ou de préparer et de déposer des rapports que les séquestres doivent déposer en vertu de la partie XI de la LFI.
- Les séquestres intérimaires ne sont pas assujettis à l'obligation légale d'agir de façon honnête et de bonne foi et ils n'ont pas à s'occuper des biens du débiteur d'une manière commercialement raisonnable.
- La nomination d'un séquestre intérimaire ne déclenche pas le droit du fournisseur de reprendre possession des biens en vertu de l'article 81.1 de la LFI.

Nous croyons qu'il est essentiel que si des séquestres intérimaires doivent jouer un rôle analogue à celui joué par les séquestres nommés par le tribunal (ce qui comprend la prise de possession et le contrôle des biens du débiteur, ou la commercialisation et la vente des biens), ils soient assujettis aux mêmes obligations de rapports et aux autres exigences relatives aux séquestres nommés par le tribunal. Cela peut être accompli par la modification de la définition de «séquestre» de l'article 243 de la LFI de façon à inclure les séquestres intérimaires à qui ont été attribués de tels pouvoirs. En conséquence de cette modification, les droits des fournisseurs prévus à l'article 81.1 s'appliqueraient lors de la nomination d'un séquestre intérimaire.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que la définition de «séquestre» de l'article 243 de la LFI soit modifiée de façon à inclure précisément les séquestres intérimaires lorsque ces derniers jouent un rôle analogue à celui des séquestres nommés par le tribunal (comme prendre possession des biens du débiteur et les contrôler, ou commercialiser et vendre des biens).

VII. INSOLVABILITÉ PERSONNELLE

1. Introduction

La présente partie de notre mémoire aborde les propositions de réforme soulignées dans le rapport final du Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle (le rapport du GTIP).¹⁶ Nous avons fait des renvois dans le présent mémoire à la partie pertinente du rapport. En général, nous considérons que le rapport du GTIP représentait un guide très utile pour la réforme de l'insolvabilité personnelle en vertu de la LFI. Nous demandons instamment que ses recommandations soient adoptées, à l'exception de certaines questions

soulignées ci-dessous.

**2. Libération des dettes contractées par suite d'un prêt étudiant
[GTIP 2.1]**

La Section de l'ABC appuie la proposition du GTIP d'amélioration du traitement de faillite des dettes contractées par suite d'un prêt étudiant. Bien que nous reconnaissons l'importance du programme de prêt étudiant et de la nécessité d'empêcher les abus du programme, les lois en matière de faillite doivent avoir pour objet l'équilibre entre cet objectif et l'équité individuelle.

Lorsque le projet de loi C-36 a été introduit en 1998, prolongeant la période de non-libération des dettes contractées par suite d'un prêt étudiant de deux ans à dix ans, la Section de l'ABC avait comparu devant le Comité sénatorial des banques pour exprimer ses préoccupations selon lesquelles ce traitement était trop dur.

Depuis 1998, nous avons eu connaissance du désespoir de certains anciens étudiants dont la situation indique qu'ils doivent être admissibles à une audience de « clémence ». On a noté le cas de jeunes personnes ayant des déficiences ou vivant une séparation, ayant une maladie ou une blessure soudaine ou étant en période de chômage chronique. Ces gens ne peuvent tenir compte de leur situation pendant une période complète de dix ans après la fin de leur scolarité. À notre avis, cette restriction n'est pas compatible avec les valeurs canadiennes d'équité et d'égalité.

Par conséquent, nous souscrivons à la proposition de réduire la période de non-libération à cinq ans. Nous acceptons également que le failli doit avoir le droit de demander une audience de clémence bien avant la fin de cette période. Enfin, nous appuyons une clarification de ces dispositions de façon à permettre que l'audience de clémence entraîne une libération partielle ou conditionnelle des dettes contractées par suite d'un prêt étudiant.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande que la période de non-libération de dix ans applicable aux dettes contractées par suite d'un prêt étudiant soit réduite à cinq ans et que la non-libération des dettes relatives à des prêts étudiants soit assortie, pendant cette période de cinq ans, du droit du failli à demander une audience de « clémence », avec la possibilité d'obtenir une libération partielle ou conditionnelle des dettes contractées par suite du prêt étudiant.

3. Insaisissabilité des REER en cas de faillite [GTIP 2.2]

Nous appuyons, avec certaines variations, la proposition contenue dans le rapport du GTIP concernant les REER.

Les travailleurs indépendants et les employés n'ayant pas droit à une pension perdent souvent leur épargne-retraite au moment de la faillite, contrairement aux employés ayant droit à une pension.

Nous reconnaissions qu'il convient d'imposer, comme condition appropriée à l'exemption pour les REER, l'exigence selon laquelle le REER soit bloqué jusqu'à la retraite. Nous remarquons que conformément à une étude gouvernementale de 1997, près des deux tiers de tous les retraits de REER effectués au cours de cette année l'ont été par des personnes âgées de moins de 55 ans, soit avant l'âge de la retraite¹⁷. De tous les retraits effectués par des personnes âgées de moins de 65 ans, 75 p. 100 d'entre eux ont été effectués par des personnes âgées de moins de 55 ans. Ces statistiques indiquent qu'une utilisation importante des REER était motivée par une raison autre que l'obtention d'un revenu de retraite. Une politique qui aide à décourager les retraits avant la retraite serait bénéfique sur le plan social. Plus important, aucune politique ne justifie l'exemption des comptes d'épargne qui ne sont pas destinés à la retraite. Le concept du blocage comme condition de l'exemption lie ces objectifs de

politique.

Nous reconnaissions également le concept d'une récupération absolue des cotisations récentes au REER. À notre avis, les recours actuels anti-collusion offerts aux créanciers ou au syndic n'aideront pas à empêcher l'abus stratégique ou frauduleux de l'exemption. Un procès constitue un recours trop incertain et coûteux pour les montants qui seront en jeu. Nous nous demandons quels critères seraient imposés pour différentier l'épargne-retraite (un bienfait commun en soi) de la conduite frauduleuse avant-faillite. Le manque de réalisme d'un procès et le montant modeste normalement en jeu permettent de s'assurer que le seul recours de protection pratique en est un qui n'est pas fondé sur l'intention ou la conduite passée.

Le consensus de la Section de l'ABC, cependant, est qu'une période de récupération se situerait à deux ans plutôt qu'à la période de trois ans recommandée dans le rapport du GTIP. Selon nous, une période de deux ans est suffisante pour établir l'équilibre nécessaire entre les objectifs de politique dans la mesure où, comme le GTIP le recommande, les recours en transfert frauduleux provinciaux demeurent disponibles à l'égard des cotisations effectuées en dehors de cette période.

Nous ne croyons pas que la récupération obligatoire sera injuste. Si le débiteur a cotisé régulièrement à son REER au cours des années, avec un intérêt composé que de tels cotisants obtiennent, alors la période de récupération de deux ans ne saisira qu'un très petit pourcentage de la valeur totale du REER.

Si, d'un autre côté, les cotisations sont effectuées depuis peu de temps, on doit se demander pourquoi, peu de temps avant une insolvabilité, le débiteur aurait-il commencé un tel comportement. L'insolvabilité n'est presque jamais un événement soudain, non plus qu'un jugement rendu en matière de non-faillite. Il

ne semble pas y avoir de bonnes raisons de politique pour fournir une protection lorsqu'un débiteur cotise volontairement à son propre fonds de retraite exempt à un moment où les dettes, ou l'insolvabilité, pointent à l'horizon. Cet argent aurait dû être remis, ou devrait maintenant être remis, aux créanciers.

Nous remarquons également qu'il y a un problème au sujet des institutions financières qui ont prêté de l'argent au débiteur pour l'achat d'un REER. La récupération permettrait de s'assurer que les REER achetés grâce à ces prêts seraient destinés aux créanciers en général et qu'un rendement conséquent serait perçu par le prêteur du REER. Il serait injuste que ces REER soit complètement exemptés sans recours par le prêteur qui les a financés, même si ce n'était que pour une partie proportionnelle du produit.

Nous ne sommes pas convaincus que l'exemption des REER devrait être plafonnée. Nous reconnaissons qu'une exemption illimitée pourrait jeter le discrédit sur le système de la même manière que les exemptions résidentielles illimitées ont été critiquées dans certains États américains. Si un plafond est fixé, nous remarquons que la proposition du GTIP a l'avantage d'être simple, d'être adaptée à l'inflation et à l'âge du failli et d'être uniforme dans tout le pays. Un tel plafond pourrait être régulièrement rajusté par règlement.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande d'adopter les recommandations du rapport GTIP sur le traitement des exemptions de REER en cas de faillite (rapport GTIP – 2.2), assortie d'une période de deux ans pour la récupération. La Section de l'ABC recommande en outre de ne pas plafonner l'exemption des REER. Advenant qu'un plafond soit fixé, il faudrait l'ajuster de temps à autre.

4. Exemptions fédérales facultatives [GTIP 2.3]

Nous souscrivons au concept des exemptions fédérales facultatives, mais nous n'avons pas obtenu de consensus au sein de la Section de l'ABC quant à la proposition précise avancée dans le rapport du GTIP. Il semble que la plupart des provinces possèdent maintenant des lois très modernes en matière d'exemptions, particulièrement depuis les réformes de 2001 en Ontario. Nous sommes préoccupés par les éléments complexes qui seront introduits au moyen de la disponibilité de deux régimes d'exemption.

5. Sûretés accordées sur les biens personnels insaisissables autres que les sûretés en garantie du prix d'acquisition [GTIP 2.4]

Nous souscrivons à la recommandation du GTIP d'éviter les sûretés en garantie du prix d'acquisition à l'égard de biens personnels exemptés. Nous sommes conscients des abus dans ce domaine ainsi que de la vulnérabilité des débiteurs consommateurs à la coercition. Cette recommandation, si elle est mise en œuvre, remédierait considérablement à la préoccupation quant à la réaffirmation notée ailleurs dans le rapport du GTIP.

Nous notons, par souci de clarté, que cette recommandation ne touche pas les sûretés en garantie en faveur de ceux qui vendent des biens personnels exemptés ou qui en financent l'achat.

RECOMMANDATION :

Le Section de l'ABC recommande d'adopter la proposition qui, dans le rapport du GTIP (article 2.4), concerne l'évitement des sûretés accordées sur les biens personnels insaisissables autres que les sûretés en garantie du prix d'acquisition.

6. Réaffirmation des dettes libérées [GTIP 2.5]

Nous appuyons la recommandation a) du rapport du GTIP, à savoir que la réaffirmation implicite par la conduite devrait être corrigée par le législateur. La réaffirmation ne devrait se produire que par des actes inconscients. La

jurisprudence récente soulignée dans le rapport du GTIP ne reflète pas adéquatement les objectifs de réhabilitation de la LFI.

Cependant, nous nous opposons au reste de la recommandation du GTIP sur la réaffirmation. Nous n'avons pas eu connaissance de problèmes d'abus devant être corrigés, particulièrement compte tenu des autres propositions du rapport du GTIP (articles 2.4 et 3.12). Nous nous préoccupons de la limitation de l'autonomie individuelle des Canadiens sans que ne soient explorées d'autres mesures de contrôle de l'abus présumé moins envahissantes. Nous n'avons pas constaté d'éléments indiquant qu'une réforme aussi draconienne était nécessaire ni que la solution proposée était appropriée.

Nous souscrivons à l'opinion dissidente à cette recommandation du GTIP. À notre avis, il n'y a pas suffisamment d'avantages, de faits ni de justification en ce moment pour justifier la réglementation des réaffirmations volontaires.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande d'adopter la recommandation (a) de l'article 2.5 du rapport du GTPI, afin de corriger par voie législative la réaffirmation implicite par la conduite. La Section de l'ABC n'appuie pas la réglementation des réaffirmations volontaires.

7. Insolvabilité personnelle transnationale [GTIP 2.6]

Nous appuyons la recommandation du GTIP de créer un recours pour l'insolvabilité personnelle transfrontière. Nous sommes d'avis que la proposition permettra la réalisation des objectifs nécessaires sans contrevénir aux questions de politique en matière de faillite.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande d'adopter la proposition qui, dans l'article 2.6 du rapport du GTPI, vise à créer un recours pour l'insolvabilité personnelle transfrontière.

8. Recommandations structurelles [GTIP, chapitre 3]

Nous souscrivons en général aux recommandations structurelles figurant à l'article 3 du rapport du GTIP. En particulier, nous souscrivons aux recommandations techniques des articles 3.8 (Droits de vote des créanciers ayant un lien de dépendance), 3.10 (Modernisation des alinéas 178(1)*d*) et 178(1)*e*), 3.11 (Extinction par inadvertance des réclamations visées par l'article 178) et 3.12 (Clauses de plein droit et faillites de consommateur).

Nous appuyons la recommandation du GTIP quant au traitement du revenu à l'article 3.1. La jurisprudence récente a rendu la réforme nécessaire, et nous estimons que cette proposition est une solution rationnelle et pratique qui reflète l'orientation donnée par la jurisprudence.

Pour ce qui est de la recommandation 3.2, nous reconnaissons que l'admissibilité des propositions des consommateurs devraient être améliorée, que ce soit par la hausse du plafond de 75 000 \$ à un montant supérieur ou d'une autre manière appropriée.

Cependant, nous souhaitons aborder une conséquence de l'amélioration de l'admissibilité qui n'a pas été notée ailleurs. Le régime de proposition du consommateur ne comporte pas de disposition quant au paiement des services juridiques rendus à l'administrateur. Cela avait sans doute pour but de refléter l'intention de garder ces procédures simples. En ce moment, lorsque les administrateurs ont besoin d'un avis juridique dans ce domaine, ils doivent payer l'avis à partir de leurs honoraires fixes et ils subissent donc une réduction de leurs gains. Ce traitement peut être acceptable dans la mesure où les propositions des consommateurs se situent sous un montant fixe de dette, au motif que le montant

concerné a peu de chance d'entraîner des questions juridiques complexes. Cependant, lorsque le plafond de la dette est élevé ou éliminé pour certains types de dettes, cette hypothèse ne tient plus. Une certaine somme doit être réservée à l'administrateur pour obtenir un avis juridique ou être représenté. Il est injuste de forcer l'administrateur de le faire uniquement à ses frais.

Nous appuyons la recommandation 3.5 du rapport du GTIP concernant le traitement fiscal des propositions. Nos membres ont exprimé une frustration certaine quant aux problèmes posés par l'écart de traitement fiscal des propositions par opposition à la faillite, lequel écart n'a pas de fondement politique apparent. L'écart empêche de nombreux débiteurs bien intentionnés d'aborder leurs obligations au moyen d'une proposition et les accule à la faillite malgré les objectifs en matière de politiques de la LFI.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande d'adopter les recommandations formulées à l'article 3 du rapport du GTPI.

9. Changements relatifs aux procédures de faillite personnelle et de proposition de consommateur [GTIP, chapitres 4 et 5]

Nous appuyons l'effort continu pour rationaliser l'administration des faillites et des propositions et réduire les coûts administratifs. Nous considérons que les recommandations mises de l'avant dans le rapport du GTIP aux articles 4 et 5 sont raisonnables et appropriées.

Nous souhaitons suggérer, toutefois, que cette rationalisation ne devrait pas rendre plus difficile pour les créanciers ou les syndics de découvrir ou contester des comportements frauduleux ou de collusion ou faire enquête sur ces comportements. Bien que la plupart des faillites soient légitimes et que la majorité des débiteurs soient honnêtes mais malheureux, la procédure doit demeurer suffisamment importante pour intercepter le petit pourcentage de cas qui constitue des abus du système. Si les abus peuvent passer à travers les mailles du filet trop

facilement, le public canadien perdra confiance dans notre système de faillite.

C'est pour cette raison que nous nous opposons à toute diminution des obligations du syndic ou à toute réorientation du système de faillite personnelle qui pourrait éroder le caractère solennel ou le poids moral associé à la faillite. Nous croyons que les mécanismes administratifs sont nécessaires, même si dans la plupart des situations ce n'est pas le cas. La détection des abus et la sensibilisation du public à l'égard du fait qu'il existe des mesures de contrôle efficaces facilitant cette détection sont absolument nécessaires pour assurer la confiance du public.

Nous sommes également d'avis que le rôle important et central joué par le syndic dans le cadre d'une faillite constitue l'un des éléments clés dans le maintien de la confiance du public. Les mesures de contrôle auxquelles est assujetti le syndic comprennent le code de déontologie intégré à la LFI, les exigences en matière de permis du surintendant des faillites, le processus de discipline, l'examen des dossiers de faillite par les surintendants, le rôle des syndics en tant qu'officiers de justice et le pouvoir de supervision du tribunal de la faillite. Selon nous, ces éléments forment une structure qui gère de façon adéquate les conflits d'intérêts inhérents auxquels le syndic est soumis.

RECOMMANDATION :

La Section de l'ABC recommande l'adoption des recommandations formulées aux articles 4 et 5 du rapport du GTPI selon ce qui est raisonnable et s'il y a lieu.

VIII. SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

- La Section de l'ABC recommande la création d'un fonds de protection des salariés grâce auquel chaque employé aurait droit de recevoir jusqu'à 90 p. 100 du salaire non payé d'une période de paie jusqu'à concurrence de 2 000 \$. Le fonds sera administré et distribué en vertu du régime d'assurance-emploi et approvisionné au moyen d'un prélèvement imposé aux employeurs et aux employés.
- La Section de l'ABC recommande que si le Parlement souhaite fournir une protection aux cotisants des cotisations de retraite non versées en cas de faillite, cela pourrait s'accomplir dans le cadre du fonds de protection des salariés comme on l'a mentionné ci-dessus.
- La Section de l'ABC recommande que si le Parlement souhaite conserver le droit des fournisseurs non payés à la reprise de possession, l'article 81.1 de la LFI devrait alors être modifié de façon à prévoir que les droits qui y sont visés peuvent être exercés sur présentation d'un avis au syndic ou au séquestre au cours des 15 jours suivant immédiatement la date de la faillite ou de la mise sous séquestre pour des biens livrés au cours des 30 jours précédant immédiatement cette date. Les autres conditions d'application de l'article 81.1 devraient demeurer en vigueur.
- La Section de l'ABC recommande qu'une norme générale d'indépendance des représentants à l'insolvabilité soit adoptée, exigeant que tous les administrateurs d'un dossier d'insolvabilité soient indépendants.
- La Section de l'ABC recommande que la LFI et la LACC exigent que les administrateurs d'un dossier d'insolvabilité et les débiteurs accomplissent une communication complète, exacte et claire pour chaque document important qu'ils publient dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.
- La Section de l'ABC recommande que la LACC soit modifiée de façon à exiger la préparation et la distribution d'une liste de créanciers au début d'une réorganisation en vertu de la LACC et que la liste soit distribuée à tous les créanciers à qui un montant supérieur à 10 000 \$ est dû et à tout autre créancier sur demande écrite.
- La Section de l'ABC recommande que la restriction contre les avocats agissant comme syndics soit supprimée.
- La Section de l'ABC recommande l'adoption de la loi type de la CNUDCI dans le cadre de la LFI ou la LACC (sous réserve des modifications pouvant être nécessaires pour coordonner les dispositions de la loi type avec la LFI et la LACC). La Section de l'ABC recommande également que la loi type, ainsi qu'elle sera

adoptée, soit modifiée afin de s'assurer que la reconnaissance d'une procédure intentée à l'étranger ne nuise pas aux intérêts des intervenants canadiens.

On devrait ajouter des dispositions : (i) exigeant que les intervenants canadiens soient avisés de toute procédure visant à reconnaître les procédures intentées à l'étranger; (ii) accordant aux intervenants canadiens la possibilité d'entreprendre des procédures en vertu de la LFI ou de la LACC en fonction de l'existence d'une procédure intentée à l'étranger; et (iii) prévoyant que la reconnaissance d'une procédure intentée à l'étranger ou l'octroi d'une ordonnance relative à une procédure intentée à l'étranger relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal canadien.

- La Section de l'ABC recommande d'adopter les propositions relatives au financement du DIP dans le rapport du JTF et que le financement du DIP soit disponible de façon uniforme tant pour les propositions faites en vertu de la LFI que les réorganisations en vertu de la LACC.
- La Section de l'ABC recommande que le débiteur se voit expressément imposé le fardeau de preuve lors de la demande d'un financement du DIP.
- La Section de l'ABC recommande que le rôle du séquestre intérimaire soit défini plus clairement dans la LFI, afin de refléter la façon dont la charge est utilisée en pratique dans le but d'harmoniser l'application des dispositions au Canada.
- La Section de l'ABC recommande que la définition de «séquestre» de l'article 243 de la LFI soit modifiée de façon à inclure précisément les séquestres intérimaires lorsque ces derniers jouent un rôle analogue à celui des séquestres nommés par le tribunal (comme prendre possession des biens du débiteur et les contrôler, ou commercialiser et vendre des biens).
- La Section de l'ABC recommande que la période de non-libération de dix ans applicable aux dettes contractées par suite d'un prêt étudiant soit réduite à cinq ans et que la non-libération des dettes relatives à des prêts étudiants soit assortie, pendant cette période de cinq ans, du droit du failli à demander une audience de « clémence », avec la possibilité d'obtenir une libération partielle ou conditionnelle des dettes contractées par suite du prêt étudiant.
- La Section de l'ABC recommande d'adopter les recommandations du rapport GTIP sur le traitement des exemptions de REER en cas de faillite (rapport GTIP – 2.2), assortie d'une période de deux ans pour la récupération. La Section de l'ABC recommande en outre de ne pas plafonner l'exemption des REER. Advenant qu'un plafond soit fixé, il faudrait l'ajuster de temps à autre.
- La Section de l'ABC recommande d'adopter la proposition qui, dans

le rapport du GTIP (article 2.4), concerne l'évitement des sûretés accordées sur les biens personnels insaisissables autres que les sûretés en garantie du prix d'acquisition.

- La Section de l'ABC recommande d'adopter la recommandation (a) de l'article 2.5 du rapport du GTPI, afin de corriger par voie législative la réaffirmation implicite par la conduite. La Section de l'ABC n'appuie pas la réglementation des réaffirmations volontaires.
- La Section de l'ABC recommande d'adopter la proposition qui, dans l'article 2.6 du rapport du GTPI, vise à créer un recours pour l'insolvabilité personnelle transfrontière.
- La Section de l'ABC recommande d'adopter les recommandations formulées à l'article 3 du rapport du GTPI.
- La Section de l'ABC recommande l'adoption des recommandations formulées aux articles 4 et 5 du rapport du GTPI selon ce qui est raisonnable et s'il y a lieu.