



ARUC
INNOVATIONS
TRAVAIL ET EMPLOI

**LES RESTRUCTURATIONS
INDUSTRIELLES SOUS L'ÉGIDE DE
LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS*
AVEC LES CRÉANCIERS
*DE COMPAGNIES***

**INCIDENCES À L'ÉGARD
DE LA CONVENTION
COLLECTIVE DE TRAVAIL ET
DES RÉGIMES DE RETRAITE**

PHILIPPE BERGERON

Équipe de recherche constituée de :

Luc Bouthillier

Josée Côté

Paul-André Lapointe

François L'Italien

Pierre Thibault

Sous la direction de :

Frédéric Hanin

Avril 2014



UNIVERSITÉ
LAVAL

Alliance de recherche
universités-communautés
Innovations, travail et emploi

**LES RESTRUCTURATIONS INDUSTRIELLES
SOUS L'ÉGIDE DE LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS
AVEC LES CRÉANCIERS DE COMPAGNIES*
INCIDENCES À L'ÉGARD DE LA CONVENTION COLLECTIVE
DE TRAVAIL ET DES RÉGIMES DE RETRAITE**

par

PHILIPPE BERGERON

Équipe de recherche constituée de :

Luc Bouthillier, Josée Côté, Paul-André Lapointe, François L'Italien et Pierre Thibault

Sous la direction de :

Frédéric Hanin

Avril 2014

Il est possible d’avoir accès à plusieurs documents de l’ARUC – *Innovation, travail et emploi* ainsi que la liste des ouvrages publiés à l’adresse suivante :
<http://www.aruc.rlt.ulaval.ca/>

Cahiers de l’Alliance de recherche universités-communautés (ARUC)
Cahier de transfert CT-2014-003

« **Les restructurations industrielles sous l’égide de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies***
Incidences à l’égard de la convention collective de travail et des régimes de retraite »

Philippe Bergeron

Équipe de recherche constituée de : Luc Bouthillier, Josée Côté, Paul-André Lapointe, François L’Italien et Pierre Thibault
Sous la direction de : Frédéric Hanin

© ARUC – *Innovation, travail et emploi*, Université Laval, septembre 2014
Tous droits réservés

ISBN 978-2-923619-69-9 (Version PDF)

Dépôt légal - Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2014

Dépôt légal - Bibliothèque et Archives Canada, 2014



PRÉSENTATION DE L’ARUC-*INNOVATIONS, TRAVAIL ET EMPLOI*

L’ARUC – *Innovations, travail et emploi* est une alliance de recherche permettant de mieux comprendre les innovations en milieu de travail et leurs conditions associées, soit la formation et les protections sociales, en vue de contribuer à une amélioration des performances économiques et sociales.

Dans le contexte actuel de la mondialisation, de la financiarisation, des nouvelles technologies et de l’économie du savoir, les sociétés québécoise et canadienne sont contraintes à l’innovation dans la production des biens et des services, y compris dans l’administration publique. Toutefois, ces innovations ne peuvent porter fruit sans l’accès à une main-d’oeuvre en santé, qualifiée et flexible, bénéficiant d’une sécurité d’emploi et de revenu. Telle est la préoccupation centrale de l’ARUC – *Innovations, travail et emploi*.

Bénéficiant d’un soutien financier du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (CRSH) pour une période de cinq ans (2010-2015), cette Alliance de recherche universités-communautés, localisée au Département des relations industrielles de l’Université Laval, réunit les principaux chercheurs et acteurs du monde du travail et de l’emploi au Québec. Elle fait appel à un vaste réseau de partenaires appartenant autant aux milieux patronal, syndical, gouvernemental que communautaire, et a pour objectif de mieux comprendre les innovations, la formation et les protections sociales et d’agir sur ces dernières.

Une approche novatrice en recherche misant sur le partenariat

L’ARUC – *Innovations, travail et emploi* aspire au développement d’un véritable partenariat entre les chercheurs et les acteurs du monde du travail et de l’emploi qui sont interpellés par les innovations dans les milieux de travail et dans le domaine des politiques publiques de l’emploi de même que par l’amélioration de la capacité des intervenants à développer des stratégies efficaces de mise en oeuvre de ces innovations. À cet effet, elle veut maximiser le partage des compétences et des connaissances acquises et développées de part et d’autre par les chercheurs et les acteurs du monde du travail et de l’emploi au Québec. Enfin, l’ARUC souhaite aussi offrir aux étudiants un environnement de formation stimulant leur permettant de développer une expertise de recherche et de pratique adaptée aux nouvelles réalités du travail et de l’emploi.

Un vaste programme de recherche

Les changements structurels actuellement en cours soulèvent de nombreux défis dans le monde du travail et de l’emploi. La mondialisation, la financiarisation des entreprises, le progrès soutenu des nouvelles technologies et le développement de l’économie du savoir représentent autant de facteurs qui incitent les organisations productives de biens et de services ainsi que les organismes publics à innover tant dans leurs pratiques de gestion du travail et de l’emploi que dans les politiques publiques censées les encadrer. La nature de ces innovations sociales, le processus de leur diffusion et leur impact sur les conditions de travail et d’emploi sont au coeur des préoccupations qui animent l’ARUC – *Innovations, travail et emploi* dont les travaux de recherche s’articulent autour de cinq objets : les caractéristiques du travail contemporain, la diversité de la main-d’oeuvre, les formes de représentation, la qualité du travail et de l’emploi et le processus de diffusion des innovations. Dans ses travaux, l’ARUC – *Innovations, travail et emploi* fait appel à la recherche partenariale.

Caractéristiques du travail contemporain : Cet objet de recherche porte sur les contextes et les caractéristiques du travail contemporain. Dans un contexte de large diffusion des TIC et de formes nouvelles d’organisation et de gestion du travail faisant appel à une responsabilisation accrue des travailleurs, nos préoccupations concernent notamment les questions d’autonomie au travail, de qualifications du travail et de formation. Alors que le travail atypique est en voie de devenir la norme, de nouveaux enjeux relatifs à l’employabilité, à la formation et aux protections sociales revêtent une importance cruciale. Pendant que le travail de « prendre soin » (le care) représente enfin une part croissante de l’emploi, les problèmes de santé psychologique au travail, en particulier chez les infirmières, prennent des proportions endémiques.

Diversité de la main-d’oeuvre : Cet objet de recherche privilégie l’étude de la diversité de la main-d’oeuvre au regard de ses caractéristiques sociodémographiques, de son statut d’emploi ainsi que de la qualité de ses conditions de travail et d’emploi. Une attention particulière sera accordée aux rapports de genre, à l’intégration de la main-d’oeuvre immigrante, à la gestion du vieillissement en emploi et à l’insertion des jeunes en emploi. Sur le plan des innovations, il sera question de la gestion démocratique et équitable de la diversité et des nouveaux dispositifs susceptibles d’assurer un meilleur arrimage entre l’employabilité et la sécurisation des trajectoires professionnelles.

Formes de représentation : Dans le contexte du plafonnement, voire du déclin, des formes traditionnelles de représentation, cet objet de recherche traite du renouvellement des formes actuelles de représentation et de l’émergence des formes nouvelles afin de mieux répondre aux réalités, aux aspirations et aux besoins des catégories de travailleuses et de travailleurs déjà représentés et aux catégories croissantes de ceux qui ne le sont pas. Sur le plan des innovations, il sera question d’étudier celles qui sont les plus susceptibles de favoriser l’action collective et d’améliorer, en conséquence, les conditions de travail et d’emploi, en accordant une attention spécifique aux politiques relatives à l’émergence de nouveaux droits sociaux.

Qualité du travail et de l’emploi : Cet objet de recherche s’intéresse à l’évolution de la qualité du travail et de l’emploi au cours des dernières décennies qui ont suivi la fin du fordisme. Il concerne plus particulièrement les conditions d’emploi (la rémunération, la sécurité d’emploi, les protections sociales et, plus spécifiquement les régimes de retraite, la conciliation travail/famille et les perspectives de carrière) et de travail (l’autonomie, les qualifications, l’intensité, la santé et la sécurité du travail ainsi que les conditions de réalisation du travail). Il porte également sur les facteurs associés à cette évolution : organisation du travail, pratiques de gestion des ressources humaines, politiques publiques et dynamique des relations du travail (sur le plan micro, dans les milieux de travail et, sur le plan macro, au regard de l’équilibre du rapport de forces entre les acteurs).

Processus de diffusion des innovations : Cet objet de recherche accorde une grande importance à la compréhension des dynamiques d’émergence et de diffusion des innovations sociales et des changements institutionnels. En effet, la nature des innovations sociales, leur contribution à la solution des problèmes, leur potentiel d’amélioration des situations ainsi que les facteurs associés à leur diffusion divergent selon les acteurs concernés. La dynamique des relations de pouvoir entre les acteurs sociaux, l’état du dialogue social et la capacité d’arriver à des compromis représentent en conséquence des dimensions primordiales à considérer afin de mieux comprendre les conditions favorables et les obstacles à la diffusion des innovations sociales et des changements institutionnels.

Paul-André Lapointe, Université Laval
Co-direction de l’ARUC – *Innovations, travail et emploi*
Lucie Tessier, SFPQ et Louis Tremblay, ministère du Travail
Co-direction par interim de l’ARUC – *Innovations, travail et emploi*

Table des matières

Introduction	1
1. Bref historique de la LACC	3
2. Le sort des prestations en contexte de restructuration	5
2.1 À l’égard des créances salariales	5
2.2 À l’égard des prestations des travailleurs retraités	6
2.2.1 La protection des régimes de retraite	7
2.2.2 Les mécanismes de protection des régimes sous la LFI	10
2.2.3 L’affaire Sun Indalex Finance, LLC	11
3. Le financement temporaire en contexte de restructurations	13
3.1 Le financement temporaire (DIP Financing)	13
4 La protection de la convention collective	15
5. Responsabilités du syndic-contrôleur	19
6. Système de preuve	23
Conclusion	25
Bibliographie	27

REMERCIEMENTS

L’auteur désire exprimer sa gratitude à Me Annick Desjardins, avocate et conseillère syndicale au SFCP; à Monsieur Frédéric Hanin, professeur agrégé au Département des relations industrielles de l’Université Laval; à Monsieur Paul-André Lapointe, professeur titulaire au Département des relations industrielles de l’Université Laval; ainsi qu’à Madame Josée Côté, étudiante à la maîtrise en relations industrielles au Département des relations industrielles de l’Université Laval. Vos précieux commentaires sur le fond et la forme du texte permirent d’enrichir considérablement ce document.

Introduction

Le présent cahier de recherche vise à présenter un portrait général du sort réservé aux régimes de retraite et à la convention collective dans le contexte particulier d’une restructuration d’entreprise dans le cadre de laquelle la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, ci-après la LACC, est invoquée. De même, nous aborderons la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, ci-après la LFI, qui traite également de la question des régimes de retraite. L’objectif poursuivi par notre démarche est de fournir au lecteur un aperçu général des protections offertes par la législation en matière de faillite et d’insolvabilité. Nous aborderons dans l’ordre les points suivants.

Dans un premier temps, nous ferons un bref exposé de l’historique de la LACC. Dans un second temps, nous aborderons le sort réservé aux prestations reliées au travail en contexte de restructurations industrielles. Nous examinerons ce qu’il advient du salaire des travailleurs pour ensuite poursuivre notre analyse sur le sort réservé aux prestations des travailleurs retraités. Plus particulièrement, à l’égard de ce dernier point, nous dirigerons notre attention sur la protection offerte aux régimes de retraite. Nous ferons état de la problématique, du rang des créanciers retraités, des mécanismes de protection offerts sous le régime de la LACC, des mécanismes de protection prévus par la LFI et de l’Affaire Finance Sun Indalex dont le jugement rendu par la Cour Suprême du Canada a eu un impact considérable sur le rang dévolu aux prestations des régimes de retraite. Dans un troisième temps, nous aborderons la question du financement temporaire (*DIP Financing*) dans le contexte d’une restructuration d’entreprise. Après avoir présenté un bref exposé sur la notion de financement temporaire, nous aborderons, en quatrième lieu, le sort réservé à la convention collective, notamment à la lumière des affaires *Mine Jeffrey*, *Uniforêt* et *Air Canada*. Nous ferons un retour sur l’ensemble des protections offertes afin de dresser un état général de la situation. Cinquièmement nous aborderons les devoirs et responsabilités du syndic lorsque la LACC est invoquée en contexte de restructuration industrielle. Suivra, en sixième lieu, une présentation générale de notre système de procédure et de preuve en matière civile qui se présente comme contradictoire. L’objectif de ce dernier point vise à permettre aux néophytes d’acquérir une connaissance de base au sujet des principales règles qui gouvernent la preuve présentée devant un tribunal civil.

Nous espérons que ce document, réalisé dans le cadre d’une démarche de recherche dite partenariale où l’efficacité du droit – *l’effectivité attendue* – est questionnée, puisse servir de guide pour aider les travailleurs et les retraités qui vivent ou vivront une restructuration industrielle dans un contexte d’insolvabilité ou de faillite de leur entreprise.

1. Bref historique de la LACC

La LACC fut adoptée en 1933 pour venir en aide aux entreprises en difficultés qui subissaient, de plein fouet, les affres de la crise économique de 1929. À l’époque, l’objectif visé par le législateur était de faciliter la réorganisation et la survie des entreprises aux prises avec des difficultés financières importantes qui risquaient de compromettre leur pérennité. Cet objectif justifiant l’intervention étatique poursuivait une finalité : prévenir la perte d’emplois dans un contexte de chômage endémique. Ainsi, l’entreprise en difficulté qui invoquait la protection de la LACC avait la possibilité de proposer un arrangement à ses créanciers, et ce, avant qu’elle ne soit mise en faillite. En retardant ainsi la saisie (c’était écrit saisine) et la disposition de leurs biens, les entreprises disposaient d’un « sursis » leur permettant d’évaluer l’état de leur situation financière et de proposer à leurs créanciers un plan de redressement des affaires et de remboursement des sommes dues. Par la mise en place de ce mécanisme, les créanciers se voyaient offrir l’opportunité de récupérer un pourcentage des sommes dues qui se révélait être, en définitive, plus élevé que ce qu’ils risquaient d’obtenir à la suite de la liquidation judiciaire des biens du débiteur déclaré failli. Parfois l’arrangement servait aussi de base pour fonder une nouvelle relation commerciale – les créanciers acceptant (plutôt que acceptaient) de rayer leur dette pour poursuivre leur relation avec le débiteur. Cette entente pouvait faire partie de l’arrangement ou être négociée séparément.

Il faudra attendre plus de soixante ans avant que la LACC ne soit modifiée. En effet, ce n’est qu’en 1997 que la loi fait l’objet de modifications substantielles¹. Mais, ce n’est que le 18 septembre 2009 que nous pourrons assister à l’entrée en vigueur d’une véritable réforme² de la LACC. Entretemps, la *Loi sur la faillite*, adoptée en 1919, connu en 1992 quelques modifications d’importance. Le législateur présenta alors à la Partie III de la loi un nouveau mécanisme pour la préparation des propositions concordataires. Il étendit le champ d’application de la loi qui ne s’applique plus désormais seulement au débiteur failli, mais également au débiteur insolvable³. En conséquence, la *Loi sur la faillite* change d’appellation pour devenir la LFI. Il n’en fallait pas plus à l’époque pour remettre en question l’existence de la LACC. Néanmoins, ces deux lois ont poursuivi leur cohabitation en remplissant des fonctions à la fois différentes et complémentaires et en offrant des options alternatives aux entreprises concernées.

1. DESJARDINS, Annick, *La cessation d’emploi dans le cadre d’une restructuration d’entreprise sous l’égide de la Loi sur les arrangements avec les créanciers* dans *L’ABC des cessations d’emploi et des indemnités de départ*, Service de la formation continue, Éditions Yvon Blais, Barreau du Québec, vol. 319, 2010, p. 185. « Le Parlement [...] a alors codifié certains pouvoirs du tribunal, notamment en ajoutant des dispositions relatives à la nomination et aux attributions du contrôleur et a limité les pouvoirs du tribunal quant à la fourniture des biens et des services ».

2. DESLAURIERS, Jacques, *La faillite et l’insolvabilité au Québec*, 2^e Édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2011, p. 172. « Bon nombre des modifications adoptées viennent simplement codifier des pratiques existantes qui ont façonnés jusqu’ici la jurisprudence ». Voir aussi DESJARDINS, Annick, note 1, p. 186-187. Par exemple : « les tribunaux n’ont pas hésité au cours des dernières années à rendre des ordonnances qui sont devenues presque routinières en vertu de la L.A.C.C., dont le droit pour la débitrice de résilier ses contrats, de désavouer des baux, de ne pas honorer ses obligations même de source législative, de constituer des « super-priorités » de façon à refinancer la compagnie et rémunérer ses consultants pendant la restructuration, déclassant de ce fait des créanciers garantis ».

3. Insolabilité : « État d’une personne qui se trouve incapable de faire face à ses obligations financières. » Voir : <http://www.cnrtl.fr/definition/insolvabilite>. Lien Internet consulté le 10 mai 2013.

La LACC est surtout utilisée dans les cas de restructurations d’entreprise qui soulèvent des problématiques particulières que la LFI à elle seule ne saurait résoudre⁴. Dans la décision d’opter pour l’une ou l’autre des lois, il faut aussi tenir compte des contraintes de temps ainsi que des sommes qui seront nécessaires à la préparation et la présentation au tribunal des différentes requêtes en vue d’obtenir une ordonnance⁵. Pour être en vigueur, un arrangement ayant fait l’objet d’une acceptation des créanciers doit être homologué par un tribunal compétent⁶. Dans l’appréciation de la requête, le tribunal jouit d’un pouvoir discrétionnaire⁷ pour accorder l’homologation⁸. Une fois homologué, l’arrangement est exécutoire et opposable à l’ensemble des créanciers.

4. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2 p. 172. « La compagnie débitrice ou ses représentants devront donc décider si les modalités prévues par la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* suffisent pour permettre le redressement de l’entreprise ou si la complexité de l’organisation de l’entreprise, de ses activités et de ses difficultés, nécessitent vraiment des modalités particulières que permet l’une des deux lois. Quand une entreprise se qualifie pour recourir à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, ou à la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, elle peut faire le choix qui lui est le plus favorable et personne ne peut lui reprocher. » Note de l’auteur : Le terme « complexité » en sciences de la gestion, [...] désigne souvent la relation entre une entreprise et son environnement. En effet, cette relation est basée sur plusieurs interactions qui s’enchevêtrent : interactions entre l’entreprise et ses fournisseurs, l’entreprise et ses clients, l’entreprise et ses concurrents, l’entreprise et ses employés, etc. » Source : FADI, Nicolas, *L’impact de l’information sur le processus de prise de décision dans un environnement complexe*, p. 1. Source : (<http://www.fgm.usj.edu.lb/files/pdf/a102010.pdf>). Lien Internet consulté le mercredi 1^{er} janvier 2014.

5. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 172. « Il faut considérer, aussi, que la préparation d’une requête selon la Loi sur les arrangements pour suspendre les recours et faire attribuer des pouvoirs additionnels au contrôleur est beaucoup plus longue et onéreuse que l’avis d’intention de faire une proposition en vertu de l’article 50.4 L.f.i. dont les effets sont prévus par la loi. De plus, l’ordonnance initiale pour un processus d’arrangement, ordonnant le sursis des procédures peut s’obtenir *ex parte*, mais la requête ou les requêtes pour obtenir des ordonnances subséquentes et les délais additionnels sont présentées alors que les créanciers détenant une créance supérieure à 1000 \$ ont déjà reçu la signification de l’ordonnance initiale. »

6. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 220. « Une fois acquise l’approbation des créanciers, une requête en homologation sera présentée avec, en annexe, l’arrangement adopté par l’assemblée des créanciers et le procès verbal de l’assemblée des créanciers, préparé par le contrôleur [...] ».

7. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 222. « Le tribunal homologuera l’arrangement s’il est convaincu que l’entreprise doit poursuivre ses activités malgré son insolvabilité, que le public a intérêt à ce que l’entreprise poursuive ses activités, notamment si elle fournit des services nécessaires et avantageux pour un grand nombre de consommateurs et qu’elle emploie un grand nombre de travailleurs qui perdraient leur emploi advenant liquidation. [...] Le tribunal a une large discrétion pour apprécier le caractère raisonnable d’un arrangement, mais il ne peut faire abstraction de ce qui n’est pas en conformité avec la loi ».

8. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 221. « Même si l’arrangement n’est pas parfait et qu’il puisse générer certaines injustices à l’égard des créanciers, le tribunal, malgré son pouvoir discrétionnaire, ne peut substituer son jugement à celui des créanciers, ni proposer son propre arrangement.

2. Le sort des prestations en contexte de restructuration

Sous le présent titre, nous aborderons d’abord le sort réservé aux créances salariales puis, dans un second temps, le traitement réservé aux prestations de régimes de retraite. Le sort des prestations varie selon la nature de la prestation en question et la législation invoquée. Les salaires des travailleurs à l’emploi de l’entreprise se verront appliquer des règles bien différentes de celles réservées aux prestations de régimes de retraite. De plus, depuis 2008, les travailleurs bénéficient d’une protection des créances salariales selon la *Loi sur le Programme de protection des salariés* (PPS). Eu égard à la protection des régimes de retraite, nous traiterons de la problématique, du rang dévolu aux créanciers retraités dans l’ordre de collocation, des mécanismes de protection des régimes sous la LACC, des mécanismes de protection des régimes sous la LFI et enfin de l’affaire *Sun Indalex Finance, LCC*.

2.1 À l’égard des créances salariales

La réforme de 2008 inclut un PPS qui est entré en vigueur le 7 juillet de la même année. Ce programme, créé selon la *Loi sur le Programme de protection des salariés*, vise à : « [...] compenser les travailleurs pour le salaire gagné par [sic] durant les six mois précédents la faillite ou la mise sous séquestre [...] et qui ne leur a pas encore été payé.⁹ » La protection offerte couvre : « [...] le salaire qui leur est dû jusqu’à concurrence de 3 000 \$.¹⁰ »

Les biens de l’employeur failli ou mis sous séquestre ne sont pas pris en compte pour l’application du programme. « En outre le programme fera en sorte que le paiement des salaires dus ne dépendra plus des avoirs de l’actif de l’employeur.¹¹ » Enfin un droit de subrogation du salarié en faveur de la Couronne est octroyé suite au versement des sommes auxquelles il a droit selon les termes du programme. « Lorsqu’une réclamation d’un travailleur est payée aux termes du PPS celui-ci doit céder à la Couronne ses droits en vertu de la LFI relatifs aux paiements en question. [...] » Destiné auparavant uniquement aux travailleurs dont l’employeur faisait faillite ou était mis sous séquestre officiel, il s’applique désormais aux travailleurs qui perdent leur emploi dans le contexte d’une restructuration d’entreprise¹². Toutefois, les différents avantages sociaux ainsi que les indemnités de cessation d’emploi ne sont pas assurés par ce programme. Pourtant, ce sont ces derniers qui font le plus souvent l’objet d’une réclamation sous la LACC.

Le PPS prévoit des sanctions en cas d’inobservation des dispositions de la loi qui l’habilite. Ces sanctions couvrent un large éventail et vont de la simple amende jusqu’à la possibilité d’encourir une peine d’emprisonnement¹³.

9. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, *La réforme en matière de faillite et d’insolvabilité : nouveautés et codification de pratiques existantes*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2009, p. 24.

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*

12. MINISTÈRE DU TRAVAIL DE L’ONTARIO « Depuis le 15 décembre 2011, le PPS a été élargi afin de couvrir les employés qui ont perdu leur emploi lorsque la restructuration entreprise par leur employeur, en vertu des *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* et *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, s’est soldée par la faillite ou la mise sous séquestre de celui-ci. Cette modification en décembre 2011 était rétroactive aux faillites et mises sous séquestres survenus avant le 5 juin 2011. » (<http://www.labour.gov.on.ca/french/es/pubs/wepp.php>) Lien Internet consulté le jeudi 11 avril 2013.

13. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra, note 9, p. 26. « Le PPS prévoit des obligations incombant aux syndicats et séquestres dont l’inobservation pourra constituer des infractions et entraîner des amendes et même des peines d’emprisonnement maximale de 6 mois sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire (art. 38 à 40 PPS). Ces obligations sont prévues à l’article 21 PPS [...] ».

Ce programme se maille à la LFI qui prévoit une protection pour garantir le paiement des sommes dues à un employé qui exécuta un travail pour le compte de l’entreprise débitrice devenue insolvable. L’article 81.3 de la LFI instaure en faveur du salarié une sûreté sur les éléments d’actifs à court terme qui sont la propriété du failli¹⁴. Cette sûreté relative aux salaires non payés – voir articles 81.3 (1) et 81.4 (1) de la LFI – sera défrayée par le PPS qui subroge¹⁵ la Couronne dans les droits des salariés à l’encontre des administrateurs de la compagnie selon l’article 35 (1) b) de la *Loi sur le programme de protection des salariés*. La sûreté prévue à la LFI constitue une super-priorité et aura donc préséance sur le rang établi selon l’article 136 de la même loi sous réserve des exceptions qui y sont mentionnées¹⁶.

Selon les termes de l’article 81.5 de la LFI « [...] cette super-priorité vise à garantir le paiement : (i) des contributions impayées déduites de la rémunération des employés; (ii) des contributions patronales impayées à l’égard de régime à contributions déterminées; et (iii) des coûts normaux tels que définis au *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension* à l’égard des régimes à prestations déterminées¹⁷. Le régime à contributions déterminées évoqué à l’article 81.5 (ii) de la LFI vise à établir une fiducie réputée à l’égard des régimes de retraite. En pratique, la priorité accordée aux contributions déterminées – en l’occurrence les contributions non effectuées aux régimes de pensions – correspondent à des « charges flottantes. » Cela signifie que « [l]e débiteur est donc libre de se départir d’un bien détenu en fiducie dans le cadre normal de ses activités, ce bien étant alors remplacé par le produit de la vente¹⁸. »

2.2 À l’égard des prestations des travailleurs retraités

Le sort réservé aux prestations des travailleurs retraités se doit de faire l’objet d’une attention particulière compte tenu des enjeux qui y sont associés et du paradoxe auquel les travailleurs sont confrontés. D’une part, les travailleurs retraités ne font plus partie de la vie active de l’entreprise – ainsi, ils ne participent plus à la vie syndicale et aux décisions prises à l’occasion du processus de négociation qui mène au renouvellement de la convention collective. D’autre part, ils peuvent malgré tout voir leur situation financière considérablement affectée à l’occasion d’un processus de restructuration industrielle où une proposition d’arrangement avec les créanciers est déposée – par leur ancien employeur – selon la LACC. En effet, le régime de retraite duquel ils tirent une importante source de revenus peut, dans certains cas, faire l’objet d’une amputation considérable, voire d’une abolition complète. À l’écart du marché du travail – et ce depuis plusieurs années dans certains cas

– les travailleurs retraités sont pratiquement sans ressource sous réserve de la notion jurisprudentielle de droits acquis¹⁹. Pourtant, des mécanismes de protection des régimes de retraite sont prévus dans la législation fédérale et dans certaines lois provinciales.

2.2.1 LA PROTECTION DES RÉGIMES DE RETRAITE

Sous ce titre nous allons aborder la problématique rencontrée à l’égard des régimes de retraite lorsque survient une situation d’insolvabilité, le rang dévolu aux créances issues d’un régime de retraite, les mécanismes de protection sous la LACC ainsi que les mécanismes de protection prévus à la LFI. Nous terminerons l’exposé par un important jugement rendu par la Cour Suprême du Canada en février 2013 qui vient sceller le sort des régimes de retraite dans le contexte d’une restructuration d’entreprise insolvable qui invoque la protection de la LACC.

2.2.1.1 LA PROBLÉMATIQUE

Au cours des années, certaines caisses de retraite ont cumulé des déficits financiers importants. Mauvais placements, rendements insuffisants et congés annuels de cotisations au régime pour l’employeur représentent autant des causes qui expliquent cette piètre performance. Dans certains cas : « Les déficits actuariels des fonds de retraite sèment l’inquiétude²⁰. » Quoi qu’il en soit dans le contexte particulier d’une restructuration d’entreprise en situation d’insolvabilité, ces déficits accumulés ajoutent une difficulté supplémentaire en ce qu’ils : « [...] représentent bien souvent une des obligations les plus importantes pour un employeur en contexte de restructuration²¹. » Cette situation explique la raison pour laquelle un employeur en situation d’insolvabilité, cherchant à obtenir un arrangement avec ses créanciers, tentera de couper dans ce poste de dépense qu’il considère comme une charge financière qu’il n’est plus en mesure d’assumer compte tenu du contexte financier difficile dans lequel se trouve son entreprise. » Elle vient ainsi imposer l’obligation de la présence des associations de travailleurs retraités afin qu’elles soient dûment représentées dans les négociations au sujet des régimes de retraite.

2.2.1.2 LE RANG DES CRÉANCIERS RETRAITÉS

Il faut référer à la LFI pour déterminer le rang accordé aux créanciers retraités dans l’ordre de collocation des créances établi par le législateur fédéral. D’emblée, à la lecture des dispositions pertinentes, nous pouvons constater que : « [...] le législateur n’a pas tenté, par le biais de la Réforme, de régler les problèmes liés aux régimes de pension et caisses de retraite en créant une superpriorité visant à couvrir le déficit actuariel des régimes de pension d’un employeur insolvable²². » Toutefois les sommes versées au régime font l’objet d’une fiducie²³. L’article 67 (2) de la LFI établit la règle générale qui est à l’effet que : « [...] aucun des biens du failli ne peut [...]

14. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 568. « Selon la *Loi sur la faillite*, le salarié détient une créance garantie pour les services fournis au cours des six mois précédant la date de la faillite et ce, jusqu’à concurrence d’une somme maximale de 2 000 \$. Un voyageur de commerce qui a déboursé des montants dans le cadre de son emploi peut avoir une créance additionnelle maximale de 1000 \$. »

15. BÉLANGER H., Philippe et Bogdan-Alexandru DOBROTA, *Protection des employés ou salariés et conventions collectives*, Fascicule 18, À jour au 8 novembre 2010, p. 24-26. « Lorsque des prestations sont versées aux employés du failli en vertu de la Loi, la couronne devient subrogée dans leurs droits. La couronne devient ainsi bénéficiaire de la superpriorité et de la priorité prévues par la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* visant à assurer la compensation de salaires impayés, ainsi que du recours contre les administrateurs. » Disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://www.lexisnexis.com/store/images/samples/CA/9780433462477.pdf>. Lien Web consulté le 24 avril 2013.

16. DESLAURIERS, Jacques, supra note2, p. 568. « Cette sûreté aura préséance sur toute autre sûreté, charge ou réclamation de premier rang, à l’exception des réclamations des fournisseurs selon l’article 81.1 de la L.f.i., aux réclamations des agriculteurs, pêcheurs et aquiculteurs (Voir : Article 81.2 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) et des sommes faisant l’objet de fiducies présumées à l’égard des déductions à la source (Voir : Article 67 (3) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) c’est-à-dire l’assurance emploi, l’impôt sur le revenu et les régimes de pension (Voir : Art. 81.3(4), 81.4(4) de *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*). Voir aussi BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, note 9, p. 29.

17. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra, note 9, p. 29.

18. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra, note 9, p. 31.

19. Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada, [1993] 2 R.C.S. 230 « La jurisprudence américaine et canadienne indique que les prestations de retraite participent de droits accumulés et que le droit à ces prestations (tout dépendant des conditions de la convention) peut devenir acquis ». Disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://canlii.ca/t/1fs2d>. Lien Web consulté le 22 décembre 2013.

20. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, note 9, p. 28.

21. *Ibid.*

22. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra, note 9, p. 29. Voir aussi DESLAURIERS Jacques, supra note 2, p. 571. « Dans l’état actuel du droit et de la réforme, les déficits actuariels ne donnent pas lieu à une super-priorité, bien qu’ils puissent par ailleurs, constituer une créance en faveur de la Caisse de retraite, en vertu d’une entente ou d’une convention collective. »

23. DESLAURIERS, Jacques, supra, note 2 p. 570. « La caisse de retraite dans laquelle les cotisations sont versées est une fiducie. Elle constitue un bien distinct n’appartenant ni à l’employeur ni aux employés participants. Les montants qui y sont versés ne doivent en aucun cas être utilisés à d’autres fins que celles liées au régime. En cas de faillite de l’employeur; elle est exclue en vertu de l’article 67 (1) a) L.f.i. »

être considéré comme détenu en fiducie pour sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas²⁴. » Toutefois, le paragraphe 3 de l'article 67 de la LFI introduit le concept de « fiducie présumée » dans la législation et prévoit des exceptions à cette règle notamment en ce qui concerne la *Loi du Régime des pensions du Canada*²⁵ (au Québec, la Régie des rentes)²⁶. Cette « fiducie présumée » existe en faveur des gouvernements provincial et fédéral²⁷. Il faut préciser que la LACC prévoit les mêmes règles²⁸ que celles édictées dans la LFI. Enfin, c'est à l'article 81.5 (1) de la LFI que l'on retrouve la règle qui assure la protection des contributions versées par l'employeur aux régimes de retraite²⁹ des employés. Ainsi, les régimes de retraite font l'objet d'une garantie présumée bénéficiant d'une super-priorité qui grève tous les actifs de l'employeur. En conséquence : « Les présomptions de fiducie priment tous les créanciers, quelle que soit leur garantie³⁰. »

2.2.1.3 LES MÉCANISMES DE PROTECTION DES RÉGIMES SOUS LA LACC

Dans la compréhension du mécanisme de protection des régimes de retraite dans le cadre d'un plan d'arrangement, il faut lire la LACC de concert avec la LFI. La LACC s'en remet souvent à la LFI pour régler certaines situations et compléter certaines dispositions – par exemple, pour la définition de certains termes ainsi que pour l'établissement de l'ordre de collocation des créanciers du débiteur insolvable. Malgré ce fait, il faut toujours garder en tête que la LACC et la LFI ont des objectifs distincts en ce qu'elles ne visent pas à régir la même situation, l'une s'appliquant au cas d'un débiteur insolvable qui désire prendre un arrangement avec ses créanciers dans le but de rétablir sa situation financière, poursuivre ses activités dans le cours normal des affaires et ainsi éviter la faillite; l'autre visant plutôt à gérer la situation d'un débiteur insolvable dont la situation financière est à ce point dégradée qu'il n'a d'autre choix que de faire cession de ses biens en faveur de ses créanciers et de déclarer faillite. Au cours des lignes qui suivent, nous allons aborder la LACC et les protections qu'elle offre à l'égard des créances salariales ainsi qu'à l'égard des prestations des travailleurs retraités.

Pour invoquer la protection de la LACC, il faut que la compagnie débitrice soit insolvable à hauteur de 5 millions de \$. Pour se prévaloir de l'arrangement, le créancier requérant doit détenir une réclamation prouvable. L'article 2 de la LACC est à l'effet que : « Le terme « réclamation » vise : « [...] toute dette, [...] engagement ou [...] obligation de quelque nature que ce soit, qui constituerait une réclamation prouvable au sens de l'article 2 de la LFI. Quant à l'article 2 de la LFI, il définit le terme réclamation prouvable comme : « Toute réclamation ou créance pouvant être prouvée dans des procédures intentées sous l'autorité de la [...] loi par un créancier. »

24. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2 p. 319.

25. *Ibid.* « L'article 67(3) L.f.i. édicte toutefois trois cas d'exception à cette règle : il s'agit de trois présomptions de fiducie qui, dans une faillite, sont opposables aux syndics et aux créanciers garantis dans le cas de retenues à la source effectuée par les employeurs sur le salaire de leurs employés en vertu : [...] des articles 23(3) ou (4) de la *Loi du Régime des pensions du Canada*. »

26. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 572.

27. DESLAURIERS, Jacques, supra, note 2, p. 319. « Une présomption de fiducie permet aux gouvernements de réclamer ces montants, même si le débiteur n'a pas respecté les conditions d'existence de la fiducie; entre autres, en ce qui concerne la conservation séparée des sommes d'argent destinées à sa Majesté, les gouvernements peuvent réclamer ces montants de la même façon que si ceux-ci avaient été vraiment conservés en fiducie. »

28. DESLAURIERS, Jacques, supra, note 2, p. 214. « Les articles 37 à 39 L.a.c.c. énoncent [...] les mêmes règles que celles qui sont applicables dans le cas des propositions concordataires aux articles 67(3) et 86 L.f.i. »

29. DESLAURIERS, Jacques, supra, note 2, p. 571. « Pour assurer la protection complète des réclamations portant sur des créances découlant des fonds de pension, quand l'employeur devient failli (art. 81.5 L.f.i.) ou que ses biens font l'objet d'une mise sous séquestre (art. 81.6 L.f.i.), une super-priorité protège maintenant les créances dues pour les régimes de pensions [...]. »

30. DESLAURIERS, Jacques, supra, note 2, p. 573.

Sous l'égide de la LACC il existe : « [...] deux types de réclamations de la part des employés à l'égard de la débitrice :

- celles qui sont nées avant la date de détermination et qui sont visées par la priorité accordée à la créance salariale par la LFI; la LACC, pour sa part, prévoit que ces créances devront jouir de la même priorité que si l'entreprise avait fait faillite à la date de la détermination;
- celles qui peuvent naître après la date de détermination et qui résultent du non-respect des conditions de travail convenues entre l'employé et l'employeur en lien avec les services fournis après la date de détermination; ces créances devront être payées en totalité, conformément à ce que la Cour d'Appel avait déterminé dans Mines Jeffrey en application de l'article 11.3 (maintenant 11.01)³¹. »

L'article 6(5) de la LACC impose au tribunal le respect de certaines conditions pour homologuer l'arrangement proposé³². À cet égard il faut lire l'article 6(5) de la LACC de concert avec l'article 136 de la LFI pour déterminer si ces conditions sont rencontrées³³. Ainsi la transaction ou l'arrangement proposé par le débiteur doit prévoir, dès son homologation par le tribunal, le paiement des sommes dues aux créanciers – en l'occurrence les employés actuels et anciens – voir à ce sujet le paragraphe 5 de l'article 6 de la LACC – selon l'ordre de collocation prévu à l'article 136 (1) de la LFI. Quant au vote sur l'arrangement, il doit être organisé en fonction des catégories de créanciers³⁴. Pour que l'arrangement soit accepté, il doit obtenir la majorité du vote en nombre de créanciers et en valeur des créances dans chaque catégorie³⁵. Il faut donc s'assurer que les salariés obtiennent leur propre catégorie.

La LACC, par le truchement de la LFI, accorde une super-priorité en faveur des créances issues d'une fiducie présumée, ce qui inclut les régimes de pension du Québec et du Canada. Par conséquent une proposition d'arrangement avec les créanciers devra obligatoirement respecter l'ordre établi par les dispositions de la LFI – incluant les super-priorités – pour qu'elle soit homologuée. En effet selon l'article 60 (1.5) de la LFI le tribunal ne pourra entériner un arrangement ou une proposition qui n'envisage pas le remboursement complet des sommes visées au paragraphe 81.5 (1) de la LFI. Il existe toutefois une exception à cette règle. En effet le tribunal pourra accorder son aval à l'entente proposée dans le cadre de la proposition d'arrangement, et ce, uniquement s'il est convaincu que les parties ont conclu un accord sur les sommes à verser et que l'autorité administrative responsable du régime de pension a dûment autorisé la conclusion de cet accord³⁶.

31. DESJARDINS, Annick, supra, note 1, p. 203.

32. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra, note 9, p. 192-193. « Par exemple le tribunal ne pourra pas sanctionner un plan d'arrangement qui ne prévoit pas le paiement des sommes dues aux employés tel qu'il est prévu à l'article 6(5) LACC, le tribunal ne pourra permettre la résiliation par la compagnie débitrice de la convention collective (art.33 LACC) et le tribunal ne pourra permettre que la charge consentie dans le cadre d'un financement temporaire garantisse des obligations antérieures à l'ordonnance initiale (art. 11.2 LACC).

33. DESJARDINS, Annick, supra, note 1, p. 203. « L'article 6(5) de la L.A.C.C. fait référence au rang de la créance salariale dans l'ordre de priorité prévu à l'article 136 (1) [de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*]. »

34. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2 p. 215. « [...] la compagnie débitrice demandera à la Cour d'ordonner la convocation d'un ou des assemblées de créanciers ou des catégories de créanciers visées afin de voter sur l'arrangement. »

35. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2 p. 218. « [...] l'article 6 a) L.a.c.c. [...] prévoit que l'arrangement, une fois acceptée par la majorité requise des créanciers et homologué par le tribunal, lie tous les créanciers de la catégorie. »

36. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra note 9, p. 30.

Tel que nous l’avons vu dans le paragraphe introductif du présent titre (p.9), la super-priorité accordée aux créances issues des fonds de pension ne couvre pas les déficits actuariels cumulés. Qu’en est-il du sort réservé à ces sommes? L’état du droit est incertain à ce sujet. Toutefois il semble que les sommes non versées au régime de pension – qui bénéficient néanmoins d’une priorité – doivent être considérées comme des charges flottantes. En pratique, cela implique que la fiducie réputée cesse de s’appliquer aux biens dont le débiteur se départit. Le produit de la vente des actifs est alors détenu en « simple » fiducie ce qui a pour résultat que les créanciers devront se répartir entre eux les conséquences de ces super-priorités³⁷. En définitive, cela signifie qu’il ne semble pas exister une superpriorité en faveur des régimes de pension, mais bien une priorité qui doit être réalisée en tenant compte des autres créanciers prioritaires.

Pour conclure selon l’évaluation faite par Bélanger et Rigaud, il semble que: « [...] la super-priorité pour non-remises de « coûts normaux »³⁸ aux régimes de pension constitue un bien faible remède à l’égard de régimes dont les déficits actuariels sont parfois astronomiques. Cette protection limitée ne règlera pas ce problème social et économique important ni les débats judiciaires à ce sujet dans le cadre des restructurations commerciales. »

2.2.2 LES MÉCANISMES DE PROTECTION DES RÉGIMES SOUS LA LFI

Les mécanismes de protection des régimes de retraite sous la LFI sont sensiblement les mêmes que ceux prévus à la LACC puisque, comme nous l’avons vu dans la sous-section précédente, la LACC réfère, en bonne partie, à la LFI pour gérer les questions relatives à la gestion des régimes de retraite en contexte de restructuration d’une entreprise devenue insolvable.

Nous ne reprendrons pas ici l’exposé du droit en matière de protection des créances issues des régimes de retraite et référons plutôt le lecteur à la sous-section précédente pour l’état du droit positif en vigueur en matière de faillite. Mentionnons toutefois que la LFI prévoit l’insaisissabilité du fonds – constitué par l’employeur – qui fut versé au régime de pension des employés de l’entreprise en faillite³⁹.

Dans la portée et l’étendue qu’il faut donner à l’ensemble de ces règles, il faut tenir compte – tel que mentionné en introduction de la présente section – de l’affaire *Sun Indalex Finance* qui vient baliser le concept de « fiducie présumée » et restreindre considérablement le sens que l’on accorde généralement à cette expression.

37. *Ibid.* « [...] il faut probablement conclure que la priorité accordée aux [...] contributions non effectuées aux régimes de pension s’assimilent à des « charges flottantes » grevant les biens visés du débiteur insolvable au fur et à mesure qu’ils entrent dans son patrimoine. » Voir aussi BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra note 9, p. 31. « [...] il reviendra fort probablement aux créanciers garantis de répartir entre eux les conséquences de ces superpriorités lorsqu’elles affectent diverses catégories de biens grevés en faveur de divers créanciers. Voir également Supra p. 8 au sujet des propos tenus sur les régimes à contributions déterminées pour plus de précisions au sujet de l’expression « charges flottantes ».

38. *Ibid.* Voir à ce sujet l’article 2 du *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension*. Disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/reglements/DORS-87-19/page-1.html#h-2>. Lien Web consulté le 6 avril 2014. Il faut donc faire attention de ne pas confondre l’expression « coûts normaux » avec les expressions « coûts spéciaux » ou « cotisations d’équilibre » qui visent à combler un déficit actuariel de régime de pension.

39. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 344-345. « Les régimes de pension accordés par un employeur à ses employés sont insaisissables, en vertu de l’article 553(7) et (8) C.p.c. Les contributions d’un employé et celles d’un employeur à un fonds de pension enregistré selon la *Loi sur les régimes supplémentaires de rentes remplacée par la Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, ne font pas partie des biens du failli dévolus au syndic, car ces fonds sont constitués en fiducie (art. 67 (1) a) b) L.f.i. et 553 (7) (8) C.p.c.). D’autres régimes de pension, tels que ceux que prévoient la *Loi sur les Régime de retraite des employés du gouvernement et des organisations publics*, et la *Loi sur le Régimes de retraite des enseignants* sont au même effet. Tant que l’employé ne prend pas sa retraite, ses cotisations et celles de l’employeur sont insaisissables. Sont donc protégées, les cotisations patronales et des salariés, de même que les intérêts accumulés, toute somme remboursée, toute prestation (art. 264 L.r.c.r.) ou toute somme faisant l’objet d’un transfert. »

2.1.3 L’AFFAIRE SUN INDALEX FINANCE, LLC

Le 1^{er} février 2013 dans l’affaire *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos* [2003] la Cour Suprême du Canada rendait un jugement important sur la question des régimes de retraite accusant un déficit de liquidation⁴⁰ dans le contexte particulier d’une restructuration d’entreprise devenue insolvable qui se réclame de la protection de la LACC.

Dans cette affaire, une société devenue insolvable – qui est à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite – a demandé la protection contre ses créanciers en application de la LACC. Bénéficiaire d’un financement débiteur-exploitant (« DE »)⁴¹, la société fut en mesure de poursuivre ses activités. Le tribunal chargé de l’application de la LACC a accordé aux prêteurs DE, un consortium composé de créanciers qui bénéficiaient d’une garantit de premier rang avant le début de la procédure, une priorité sur tous les autres créanciers.

La Cour d’appel⁴² a statué que les déficits de liquidation des régimes de retraite faisaient l’objet d’une fiducie réputée⁴³ et d’une fiducie par interprétation⁴⁴ qui prenaient rang avant la créance des prêteurs DE, bénéficiant d’une priorité, et avant celles des autres créanciers garantis.

Les questions soulevées par le pourvoi en Cour Suprême s’énoncent comme suit :

- 1. Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée ?
- 2. Dans l’affirmative, la prépondérance fédérale fait-elle en sorte que la priorité issue de l’application de la LACC a préséance sur la fiducie réputée ?

À la première question, la Cour Suprême répond par l’affirmative. La *Loi sur les régimes de retraite* de l’Ontario crée une fiducie réputée qui couvre la totalité du déficit de liquidation.

40. Il s’agit de la situation où un employeur verse des cotisations à un régime de retraite pour financer un déficit alors que le régime est en voie d’être liquidé (liquidation intégrale ou partielle). Voir à ce sujet Commission des services financiers de l’Ontario : « Versements excédentaires et liquidation de régime – FAQs disponible à l’adresse suivante : <http://www.fsco.gov.on.ca/fr/pensions/administrators/Pages/faqs-on-overpayments-and-plan-wind-up.aspx>. Lien Web consulté le 6 avril 2014.

41. L’expression « débiteur-exploitant – est l’équivalent de l’expression « DIP Financing (debtor-in-possession financing) ». Voir LEDUC, Antoine, « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement débiteur exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », *Revue juridique Thémis*, Volume 39, no 3, (2005).

42. La Cour a compétence pour entendre les appels en matière civile et criminelle de décisions rendues par les deux tribunaux de première instance de l’Ontario, soit la Cour supérieure de justice et la Cour de justice de l’Ontario. Les appels en matière civile portent notamment sur les litiges commerciaux et immobiliers, les plaintes pour négligence, les litiges conjugaux et familiaux, les faillites et les réorganisations de sociétés. Voir à ce sujet « Tribunaux de l’Ontario : Cour d’appel de l’Ontario » disponible à l’adresse suivante : <http://www.ontariocourts.ca/coa/fr/>. Lien Web consulté le 6 avril 2014.

43. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p.317-318. « Différentes dispositions législatives obligent certaines personnes à garder en fiducie des sommes qui ne leur appartiennent pas ou qu’elles ont perçues pour les gouvernements ou pour d’autres personnes [...] Ces créances donnent lieu à des présomptions de fiducie [...] ». Voir également DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 322. Ainsi, « [...] toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier. » Voir enfin DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 319. « Une présomption de fiducie permet aux gouvernements de réclamer ces montants, même si le débiteur n’a pas respecté les conditions d’existence de la fiducie [...] ».

44. Les fiducies judiciaires sont constatées ou déclarées par les tribunaux en raison de certaines circonstances; elles se divisent en fiducies résultoires, traditionnellement appelées fiducies réversives ou fiducies par déduction (“resulting trusts”), lesquelles sont présumées exister (présomption de fiducie) [...] et les fiducies constructoires ou fiducies par interprétation (“constructive trust doctrine”), ces fiducies étant imposées par les tribunaux, notamment pour prévenir une injustice ou une iniquité. Voir à ce sujet Termium Plus du Bureau de la traduction du Gouvernement du Canada http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/indexfra.html?lang=fra&lettr=indx_catlog_f&page=91Xjlx-o4ic.html (page consultée le 6 avril 2014).

À la deuxième question, la Cour Suprême répond également par l’affirmative. Une ordonnance rendue sous le régime de la *LACC* accordant une super-priorité aux prêteurs DE a préséance sur toute fiducie réputée selon la *Loi sur les régimes de retraite* de l’Ontario.

La décision rendue dans cette affaire n’est pas sans conséquence pour les prestataires de régimes de retraite qui, en contexte d’insolvabilité de leur entreprise, se réclament de la protection de la *LACC* et dans lequel intervient un financement intérimaire, voient leur « fiducie présumée » reléguée à un rang inférieur à celui des prêteurs DE qui bénéficient d’une super-priorité et donc d’un rang privilégié dans l’ordre de collocation des créanciers établi par la LFI.

3. Le financement temporaire en contexte de restructurations

3.1 Le financement temporaire (DIP Financing)

Le financement temporaire intervient dans le contexte particulier du redressement d’une entreprise qui est dans une situation précaire et qui vit d’importantes difficultés financières. L’entreprise est alors en situation d’insolvabilité et invoque la *LACC* pour proposer la négociation d’une entente avec ses créanciers et ainsi éviter la faillite. Dans ce contexte, le sauvetage de l’entreprise implique la nécessité de recourir à un financement intérimaire pour lui permettre de respecter ses échéances à court terme et ainsi poursuivre ses opérations en attendant de conclure un arrangement avec ses créanciers⁴⁵.

Le concept de financement temporaire est emprunté au droit américain. « Le chapitre 11 du *United States Bankruptcy Code*, aux articles 364 et 1107 prévoit des dispositions explicites à cet égard⁴⁶. » Peu à peu le concept de financement temporaire fut d’abord importé dans la jurisprudence canadienne pour apparaître, par la suite, dans la jurisprudence québécoise. Il faudra attendre la réforme de la *LACC* en 2009, pour voir le concept incorporé à même le corpus législatif canadien du droit de la faillite et de l’insolvabilité.

Bien que le financement temporaire soit maintenant codifié à l’article 11. 2 de la *LACC* et à l’article 50.6 de la LFI, il n’en demeure pas moins que le tribunal ne peut accorder un financement intérimaire dans n’importe quelles circonstances et à n’importe quelles conditions. D’abord le paragraphe 4 de l’article 11.2 de la *LACC* énonce les éléments dont le juge doit tenir compte pour rendre une ordonnance de financement temporaire.

Ces facteurs sont les suivants :

Article 11.2 (4) de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

(4) Pour décider s’il rend l’ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- a. la durée prévue des procédures intentées à l’égard de la compagnie sous le régime de la présente loi;
- b. la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures;
- c. la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants;
- d. la question de savoir si le prêt favorisera la conclusion d’une transaction ou d’un arrangement viable à l’égard de la compagnie;
- e. la nature et la valeur des biens de la compagnie;
- f. la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l’un ou l’autre des créanciers de la compagnie;
- g. le rapport du contrôleur visé à l’alinéa 23(1)b).

45. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 227. « Le redressement de l’entreprise nécessite généralement un financement additionnel pour payer les frais encourus auprès des experts chargés du diagnostic, de faire patienter certains créanciers ou fournisseurs, de payer les employés, d’être en règle avec la Couronne, de défrayer certains engagements et de mettre à la disposition de l’entreprise, en voie de restructuration, les liquidités voulues pour poursuivre ses activités. »

46. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 232.

La jurisprudence canadienne rendue en matière de financement temporaire balise l'utilisation de cette super-priorité dans le cadre d'une proposition d'arrangement avec les créanciers. Ainsi le recours au prêteur intérimaire doit être autorisé à des fins précises qui ne doivent pas déroger des objectifs visés lors de son octroi. Tout d'abord la jurisprudence précise que le financement temporaire doit servir à :

« [...] permettre à une entreprise de survivre et de continuer ses activités assez longtemps pour maximiser l'effet positif de certaines décisions comme l'attente du moment approprié pour disposer de certains actifs [...];

« [...] payer les honoraires des experts et procureurs des parties;

« [...] payer les salaires des employés et les fournisseurs de l'entreprise;

« [...] tenir indemnes les administrateurs de réclamations statutaires, et assumer les engagements à court et moyen terme contenus dans la proposition ou l'arrangement.⁴⁷

L'octroi d'un financement temporaire devrait toujours viser l'atteinte des objectifs initiaux en fonction desquels il fut accordé. Par conséquent, les montants alloués devront être à la hauteur des objectifs visés tout en ayant la préoccupation de ne pas affecter indûment les créances détenues par les autres créanciers⁴⁸.

47. DESLAURIERS, supra note 2, p. 230-231.

48. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 231. « Un financement temporaire ne devrait pas être octroyé en l'absence totale de lignes directrices sur les mesures de redressement. »

4. La protection de la convention collective

La LFI ainsi que la LACC règlent le sort des conventions collectives en contexte de faillite et de restructuration d'entreprises devenues insolvable.

D'abord la règle générale envisage la possibilité, pour celui qui se réclame de la LFI ou de la LACC, d'obtenir la résiliation d'un contrat de travail pour cause d'insolvabilité. Toutefois certaines exceptions sont prévues à cette règle. C'est notamment le cas de la convention collective⁴⁹.

Ainsi « [...] les règles [...] en ce qui concerne les conventions collectives empêchent de façon non équivoque leur résiliation et relèvent davantage d'un choix politique d'assurer la protection et la spécificité du régime de négociation des conventions collectives⁵⁰. » Ainsi une entreprise devenue insolvable ne peut invoquer sa situation d'insolvabilité pour mettre fin à la convention collective de travail⁵¹. Sous la LACC c'est l'article 33 qui garantit la survie de la convention collective et le maintien des conditions de travail qui y sont prévues. Ces dernières ne peuvent être modifiées que dans le cadre des balises prévues par la loi⁵².

Dans l'éventualité où des modifications aux conditions de travail doivent être apportées dans le contexte d'une proposition d'arrangement sous la LACC, un processus de négociation s'enclenche entre les parties. Toutefois dans le cadre de ce processus de négociation il n'existe aucune structure permettant de garantir le bon déroulement du processus menant à un accord⁵³. Par conséquent les principes qui doivent guider les parties au cours du processus de négociation sont ceux prévus au *Code du travail* du Québec⁵⁴ et au *Code canadien du travail* pour les entreprises de juridiction fédérale. Ainsi, le législateur s'en remet à la bonne foi des parties pour mener à bien la négociation.

Du côté de la LFI, la situation est essentiellement la même. Ainsi le respect des termes de la convention collective en vigueur demeure la règle selon l'article 65.12 (1). Comme c'est le cas pour la LACC, le législateur prévoit la possibilité, pour les parties, de revoir les termes de la convention collective dans le cadre d'une négociation. Un avis de négociation devra alors être acheminé au syndicat sur autorisation du tribunal⁵⁵. Une fois l'ordonnance émise par le tribunal⁵⁶ le processus de négociation s'enclenche.

49. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra note 9, p. 61. « [...] le nouvel article 65.11 LFI, de même que le nouvel article 32 LACC, prévoient un régime général en matière de résiliation de contrats par la débitrice insolvable. Suivant le paragraphe 65.11 (2) LFI, ce nouveau régime ne s'appliquera pas aux contrats suivants : [...] les conventions collectives [...]. »

50. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra note 9, p. 33.

51. SIMARD, P. Roger, *Attaques collatérales contre l'ordre de collocation de faillite*, dans « Sûretés, insolvabilité et restructuration » Colloque présenté à l'Université Laval, Vendredi le 26 octobre 2012, p. 27.

52. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra note 9, p.79. « [l'] article 33 LACC prévoit de façon non équivoque que la convention collective demeure en vigueur et ne peut être modifiée qu'en conformité avec la LACC ou les règles applicables aux négociations entre les parties. »

53. *Ibid.*, « [...] la Réforme ne prévoit aucun mécanisme contraignant en cas d'impasse dans le cadre de négociations et se limite à autoriser le tribunal à transmettre un avis à l'agent négociateur en vue de la révision de la convention collective « conformément aux règles de droit applicables aux négociations entre les parties. »

54. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 252. « On se réfère aux principes des codes du travail des différentes provinces imposant aux parties l'obligation de négocier de bonne foi [...]. »

55. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 253. « Sur préavis de cinq jours au syndicat, le débiteur proposant peut demander au tribunal de l'autoriser par ordonnance, à transmettre au syndicat un avis de négociation pour réviser la convention collective conformément aux règles de droit applicables aux négociations entre les parties : il s'agit d'une référence implicite aux règles de droit en vigueur dans les provinces [...]. »

56. *Ibid.* « Le tribunal rend l'ordonnance s'il est convaincu que les termes de la convention collective empêcheront, s'ils ne sont pas modifiés, l'employeur insolvable de présenter une proposition viable, qu'il a tenté de bonne foi d'en renégocier les dispositions et que s'il refuse de rendre cette ordonnance, ceci causera vraisemblablement des dommages irréparables à l'entreprise [...]. »

C’est l’envoi d’un avis de négociation qui marque le point de départ du processus. C’est l’article 65.12 de la LFI qui dicte les règles à suivre. Ainsi, une fois l’avis de négociation signifié à la partie syndicale, le tribunal enjoint l’entreprise insolvable de divulguer l’ensemble des renseignements utiles à la compréhension de l’état d’insolvabilité de l’entreprise requérante⁵⁷.

Selon la loi, le rôle du tribunal se limite à rendre l’ordonnance de l’avis de négociation. Ainsi, une fois le processus de négociation enclenché, le tribunal ne peut plus intervenir ni s’immiscer dans le déroulement des pour-parlers. Le succès de la négociation repose donc uniquement sur le principe de la « bonne foi » des parties qui, en droit québécois, est présumé⁵⁸.

Les trois affaires à considérer au sujet du traitement réservé aux conventions collectives dans le contexte d’une restructuration sont :

1.1.1 L’affaire Mine Jeffrey

« [...] le pouvoir du contrôleur, avec ou sans autorisation du tribunal, de terminer un contrat m’apparaît difficilement applicable à une convention collective en raison de l’encadrement législatif, fédéral ou provincial, selon le cas, s’y appliquant et qui en fait plus qu’un simple contrat bilatéral, mais un instrument véritablement original. » Source : (<http://jurisprudence.canada.globe24h.com/0/0/quebec/cour-d-appel/2003/01/31/syndicatnational-de-l-amiante-d-asbestos-inc-c-mine-jeffrey-inc-2003-47918-qc-ca.shtml>). Lien Internet consulté le 1^{er} janvier 2014.

1.1.2 L’affaire Uniforêt

La Cour supérieure, [...] rappelle que, selon les enseignements de la Cour d’appel, un employeur qui se place sous la protection de la LACC ne peut pas unilatéralement modifier les termes des conventions collectives applicables à ses employés. Vu que les modifications au régime de retraite que l’employeur voulait ici annuler faisaient partie des droits prévus aux conventions collectives applicables à ses employés actifs, la Cour conclut que l’employeur ne peut pas unilatéralement décider de ne pas respecter les engagements qu’il a souscrits. Source : (http://www.cch.ca/bulletins/travail/articles/buct0609_rr1.html). Lien Internet consulté le 1^{er} janvier 2014.

57. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra note 9 p. 80. « À la suite de l’émission d’une telle ordonnance et de l’envoi d’un avis de négociation, le nouveau paragraphe 65.12 (5) LFI permet au tribunal de rendre une ordonnance concernant la communication de tous les renseignements sur les affaires et la situation de la personne insolvable. »

58. BÉLANGER H. Philippe et Sylvain RIGAUD, supra note 9, p. 79. « [il y a lieu de noter que] la Réforme ne prévoit aucun mécanisme contraignant en cas d’impasse dans le cadre de négociations et se limite à autoriser le tribunal à transmettre un avis à l’agent négociateur en vue de la révision de la convention collective « conformément aux règles de droit applicables aux négociations entre les parties. »

1.1.3 L’affaire Air Canada

Le 1^{er} avril 2003, Air Canada et la plupart de ses filiales se mettaient sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) – et lançaient ainsi la plus vaste restructuration de l’histoire canadienne en vertu de la LACC. Comme les restructurations de ses homologues américains United Airlines et U.S. Airways, réalisées en vertu du Chapitre 11, l’essence de celle entreprise par Air Canada consiste en des coupures de coûts, plus particulièrement ceux liés à la main-d’œuvre, au crédit-bail et au financement des aéronefs. Il n’est pas étonnant que les trois premiers mois des procédures d’Air Canada aient généré une grande activité (tant à l’intérieur qu’à l’extérieur de la Cour).

Tandis que l’ordonnance initiale du juge Farley prévoyait une suspension des procédures pendant 21 jours, une période au cours de laquelle aucune procédure ne pouvait être soumise, le jour même de la reprise fixée par la Cour, les médias ont estimé que la Cour avait reçu plus de 20 requêtes et ont compté plus d’une centaine d’avocates et d’avocats sur les lieux. L’auteur estime quant à lui qu’environ 40 requêtes ont été déposées depuis le début de la restructuration d’Air Canada en vertu de la LACC.

Bien que plusieurs des développements les plus intéressants de la restructuration se soient déroulés hors cour, les procédures d’Air Canada ont produit leur juste part d’importantes décisions judiciaires rendues dans le contexte de la LACC.

À titre d’exemples :

A. PLUS GRAND FINANCEMENT DE DÉBITEUR-EXPLOITANT DE L’HISTOIRE CANADIENNE

Le 25 avril, le juge Farley a approuvé le « financement de débiteur-exploitant » (FDE) consenti par General Electric Capital Canada Inc. L’engagement de FDE de 1,3 milliard de dollars – le plus important en cette matière de l’histoire canadienne – ne favorise pas les créanciers garantis actuels, mais prévoit un cautionnement réciproque de 22 des 100 aéronefs que GE Capital Canada Financement qu’Avions Inc. a loués à Air Canada.

B. NOMINATION DU FACILITATEUR DES NÉGOCIATIONS

L’ordonnance initiale accordait à Air Canada le droit de déroger essentiellement à ses conventions collectives et de mettre à pied ses employées. Il n’est pas étonnant que les syndicats se soient vivement objectés et aient soulevé la question de savoir si la LACC pouvait être utilisée pour réécrire les conventions collectives – un pouvoir reconnu dans le Chapitre 11 des États-Unis visant les transporteurs aériens, mais dont la LACC ne traite pas. Le 25 avril, le juge Farley a suspendu – mettant effectivement « en suspens » – cette disposition de l’ordonnance initiale et d’autres dispositions visant les syndicats, en attendant le résultat des négociations entre Air Canada et ses syndicats ou, si nécessaire, une décision de la Cour.

Le 9 mai, dans une autre décision remarquable, le juge Farley annonçait la nomination du juge Winkler comme facilitateur pour faire progresser les négociations entre Air Canada et les syndicats et fixait une date limite pour conclure une entente. Air Canada et ses syndicats ont fini par s'entendre sur la restructuration, ce qui représente pour Air Canada des économies permanentes d'environ 1,1 milliard de dollars en coûts de main-d'œuvre.

C. DROITS DE COMPENSATION ILLIMITÉS

Bien que l'ordonnance initiale d'Air Canada ait tenu compte des droits énoncés dans l'article 18.1 de la LACC, elle prévoyait que personne ne pouvait privilégier les obligations encourues après la date du dépôt auprès de la LACC au détriment de celles encourues par Air Canada avant le dépôt. Certains des créanciers du transporteur se sont vivement opposés à cette disposition, faisant valoir que la LACC protégeait et appliquait la loi de la compensation et que la restriction contenue dans l'ordonnance initiale contredisait l'article 18.1. Le juge Farley accepta et changea l'ordonnance initiale pour dire tout simplement que les parties pouvaient utiliser la compensation selon l'article 18.1 de la LACC.

Air Canada a demandé l'autorisation d'aller en appel de la décision de compensation auprès de la Cour d'appel de l'Ontario.

D. CHARGE DES ADMINISTRATEURS ET « RISQUE RAISONNABLE DE RESPONSABILITÉ » POUR LES ADMINISTRATEURS

Comme il arrive souvent dans la plupart des restructurations en vertu de la LACC, l'ordonnance initiale d'Air Canada prévoit une indemnité pour les administrateurs, les administratrices, les dirigeantes et les dirigeants et prévoit également une charge de 170 millions de dollars sur les biens d'Air Canada pour garantir l'indemnité des administrateurs et des dirigeants. Bien que le juge Farley ait finalement décidé que les administrateurs et dirigeants devaient recevoir la protection de la charge, le juge Farley a ordonné que les administrateurs et dirigeants aient chacun la responsabilité de contribuer cinq pour cent de toute partie de ces 170 millions de dollars qui sera utilisée pour la protection ou l'indemnisation de telle personne. Le juge Farley a expliqué qu'un « risque raisonnable de responsabilité » aiderait à « ceux qui ont pour tâche de faire un succès du plan de restructuration à se concentrer sur celle-ci. »

Droit d'auteur © 2006 L'Association du Barreau canadien59

59. Disponible en ligne à l'adresse : http://www.cba.org/Abc/nouvelles/bank_2003/PrintHtml.aspx?DocId=10739. Lien Web consulté le 24 décembre 2013.

5. Responsabilités du syndic-contrôleur

Règle générale, le syndic-contrôleur⁶⁰ bénéficie des pouvoirs énoncés dans l'ordonnance initiale⁶¹, une fois cette dernière rendue par le tribunal, à la suite du dépôt d'une requête pour ordonnance initiale⁶². Il faut aussi préciser que depuis la réforme les contrôleurs-syndics doivent se soumettre au *Code de déontologie des syndics*⁶³ – ce qui n'était pas le cas avant⁶⁴.

Avant d'accepter le mandat de gérer le processus menant au dépôt d'une proposition concordataire, le syndic doit en tout premier lieu s'assurer de la bonne foi du débiteur. Plus particulièrement il doit vérifier si le débiteur s'engage dans le concordat avec l'intention de véritablement déposer une proposition d'arrangement avec les créanciers⁶⁵. Les créanciers garantis devraient pouvoir s'impliquer dans le processus de rédaction d'une proposition concordataire⁶⁶ et travailler en étroite collaboration avec le syndic et le débiteur insolvable.

60. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 199. « Lors de la préparation d'un arrangement, le contrôleur est un agent du tribunal et il doit observer et rapporter au tribunal les faits concernant l'administration de la compagnie débitrice. Puisque cette fonction doit être exercée par une personne compétente et fiable, l'article 11.7(1) L.a.c.c. exige qu'il s'agisse d'un syndic, qui est un expert dont la compétence a été vérifiée et qui a obtenu son titre et sa licence à la suite d'un examen organisé par le surintendant. »

61. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, pp. 186-188. [Le contenu de cette ordonnance porte sur les éléments suivants:] « 1) *La suspension des procédures et des sanctions contractuelles*; 2) *Le financement temporaire*; 3) *Les autorisations diverses pour faciliter la restructuration*; 4) *Les pouvoirs du contrôleur*. »

62. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 181. « Les premières étapes consistent dans la présentation d'une requête pour ordonnance initiale dans laquelle la compagnie débitrice demande, entre autres, le sursis des procédures d'exécution, de même que la nomination d'un contrôleur. Elle peut contenir diverses demandes qui favoriseront la réussite du plan de redressement de l'entreprise en difficulté, comme une demande d'autorisation de financement temporaire, des demandes concernant la rémunération des administrateurs, la vente d'actifs, la résiliation de contrats. »

63. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 199. « Le nouvel article 25 L.a.c.c. assujettit les contrôleurs au *Code de déontologie des syndics* (art. 13.5 L.f.i., Règles générales, art. 34 à 53). Vu l'importance des fonctions de surveillance attribuées au syndic contrôleur de l'arrangement, par les articles 23 et 24 de la L.a.c.c., le législateur veut officialiser ses obligations d'indépendance et d'objectivité. »

64. *Ibid.*, « Avant la réforme, l'administration de la Loi sur les arrangements n'était pas sujette au contrôle du surintendant et aucun registre officiel concernant les dossiers ainsi traités et les actes des contrôleurs n'était surveillé par le surintendant des faillites. »

65. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 88. « Le débiteur est-il vraiment une personne insolvable ayant réellement et lucidement l'intention de déposer une proposition ? La personne insolvable peut être de mauvaise foi si elle cherche à frustrer les créanciers garantis de leurs droits ou à contrecarrer les prétentions légitimes des fournisseurs impayés. » Voir aussi BEAULIEU, Hélène, *Le conflit d'intérêts et le syndic en matière de faillite et d'insolvabilité : le cumul de fonctions de syndic et de mandataire*, conférence prononcée au congrès du Barreau de 2001, p. 7. « Ce bref exposé sur les devoirs du syndic dans le cadre de la Loi nous fait entrevoir l'importance et la nécessité pour le syndic d'agir impartialement, avec une indépendance totale que ce soit vis-à-vis des créanciers, des inspecteurs, des créanciers garantis ou encore des tiers. Il nous fait prendre conscience aussi de certaines situations où le syndic est appelé à prendre des décisions administratives seul et où il peut avoir à exécuter ou faire les démarches demandées par les créanciers ou les inspecteurs. Les relations personnelles et professionnelles entre les divers intervenants et le syndic revêtent alors un intérêt capital. »

66. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 88. « Bien que le vote des créanciers garantis ne soit pas légalement nécessaire pour l'acceptation d'une proposition, leurs concours à l'occasion de l'élaboration de la proposition est quand même essentiel et devra être pris en considération dès le début du processus. La collaboration des créanciers garantis est, en effet, indispensable pour assurer la viabilité du processus de la proposition. »

Le syndic doit également analyser objectivement la situation et se questionner sur la présence de conflits d'intérêts potentiels actuels et futurs⁶⁷. La LFI prévoit des situations où un syndic doit s'interroger sur son habileté à agir dans le cadre d'une proposition d'arrangement avec les créanciers. Ainsi, le syndic devra se garder d'agir : « [s'il] a déjà été administrateur ou dirigeant, employé ou employeur, conseiller juridique ou comptable de la personne insolvable.⁶⁸ » Malgré ces circonstances, un syndic pourra néanmoins accepter un mandat s'il remplit une condition spécifique « [soit celle d'obtenir] l'autorisation du tribunal, qui aura évalué les circonstances et donné l'occasion aux opposants de se faire entendre.⁶⁹ » Le même questionnement doit se poser pour celui qui : « [...] est déjà syndic à la faillite ou à la proposition ou séquestre ou liquidateur d'une personne liée au débiteur [...]. » Dans ce dernier cas, la LFI exige qu'il : « [divulgue] cette relation et la possibilité de conflits d'intérêts [...].⁷⁰ » Le troisième cas de figure qui risque d'engendrer une situation problématique est celui où le syndic : « [...] agit pour le compte de l'un des créanciers garantis [...].⁷¹ »

Dans tous les cas, les critères qui doivent être appliqués sont ceux de l'objectivité et de l'impartialité⁷². Il faut se garder de confondre les notions d'impartialité, d'objectivité et de conflit d'intérêts. En effet les concepts d'obligations d'impartialité et d'objectivité supposent : « [...] que tous les gestes posés dans le cadre de l'administration de la Loi et toutes les décisions prises doivent l'être avec le plus grand désintéressement, en toute objectivité, de manière neutre, juste et équitable, sans préjugé d'aucune sorte.⁷³ » Un syndic jugé partial pourra voir son mandat révoqué par le tribunal lequel pourra lui substituer un autre syndic⁷⁴. Quant à la notion de conflit d'intérêts elle renvoie à une réalité qui est davantage circonscrite⁷⁵. Beaulieu associe la notion de conflit d'intérêts à celle du « choix » auquel le syndic est confronté à l'occasion d'une situation particulière. En fait, il s'agit du cas où il y a présence de plusieurs intérêts qui, de par leur nature antagoniste, risquent de placer le syndic dans une situation douteuse eu égard aux décisions qui devront être prises compte tenu des

67. *Ibid.* « En acceptant d'encadrer une proposition, le syndic doit prévoir qu'il pourra éventuellement être appelé à agir comme syndic à la faillite de la personne insolvable qu'il assiste pour élaborer la proposition. Il doit donc s'assurer qu'à court et moyen terme, aucun conflit d'intérêts potentiel ne l'empêchera d'agir et qu'il sera non seulement en mesure d'agir avec objectivité et compétence, *mais aussi d'en donner l'apparence.* » [Les italiques sont du soussignés.].

68. *Ibid.*

69. *Ibid.*

70. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 88.

71. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 89. « [Dans ce cas le syndic doit] obtenir une opinion indépendante sur la validité des garanties avant de réaliser les actifs concernés, et en aviser les créanciers ou les inspecteurs (art. 13.4 L.f.i.). Cet avis juridique doit être versé au dossier. Le syndic doit, en outre, dévoiler la rémunération reçue (art. 13.4 (1.1) L.f.i.). Le syndic qui agit à la fois pour les créanciers garantis et les autres créanciers de faillite risque d'être en conflit d'intérêts puisque les créanciers non garantis ont intérêt à ce qu'il y ait le moins de créanciers garantis possibles. »

72. *Ibid.* « L'impartialité signifie que toutes les décisions prises et tous les gestes posés le sont avec le plus grand désintéressement, en toute objectivité, sans préjugés d'aucune sorte. ».

73. BEAULIEU, Hélène, supra note 67, p. 7. « [...] cela ne signifie pas que le syndic « partial » se trouve en conflit d'intérêts. La personne partielle peut tout simplement être abusive, injuste, malhonnête dans ses décisions sans pour autant se trouver en conflit d'intérêts : il s'agit là de deux notions bien distinctes mais en même temps, étroitement liées. »

74. *Ibid.*, « L'image de la justice est étroitement liée à l'apparence d'impartialité que le décideur doit donner. Le juge Le Dain, dans le célèbre arrêt Valente, donne les paramètres de l'impartialité : Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme « impartial », comme l'a souligné le juge en chef Howland, connote une absence de préjugé, réel ou apparent. »

75. DESLAURIERS, Jacques, supra note 2, p. 89. « L'objectivité et l'impartialité sont des concepts beaucoup plus large que celui de conflit d'intérêts énoncé à l'article 13.3 L.f.i. Un syndic peut, sans être en conflit d'intérêts, prendre des décisions partiales, que ce soit en raison d'un préjugé ou d'un manque de connaissance sur les faits d'une situation donnée, ou bien, par simple malveillance. »

circonstances⁷⁶. Les tribunaux dressent une nomenclature des différents types de conflits d'intérêts qui sont de nature financière, morale ou professionnelle⁷⁷.

76. BEAULIEU, Hélène, supra note 67, p. 8. « Quant au concept du conflit d'intérêts, celui-ci origine d'une relation ou d'une situation particulière où les parties en présence ont plusieurs choix s'offrant à elles. Ces alternatives peuvent les inciter à ne pas respecter les obligations auxquelles elles sont astreintes, soit par un texte législatif, un mandat, une occupation ou un poste déterminé, etc. Le conflit d'intérêts implique, par définition, deux ou plusieurs intérêts, par ailleurs légitimes, qui rivalisent par leurs objets propres et dont l'existence même de ces intérêts opposés présuppose une situation potentiellement conflictuelle. Cette situation appelle la partie ayant des obligations envers une autre à préférer ses intérêts personnels ou un intérêt auquel elle est partie liée au détriment des intérêts qu'elle est tenue de protéger. »

77. BEAULIEU, Hélène, supra note 67, p. 9. « Le conflit d'intérêts à caractère moral est reconnu implicitement tout comme celui à caractère financier par le législateur en matière de faillite et d'insolvabilité lorsqu'il réfère au terme « lié », soit au fiduciaire, soit au débiteur à l'article 13.3 (a) iii et l3.3 (b) ii, terme défini à l'article 4 de la Loi. Quant au conflit d'intérêts à caractère professionnel, nous le retrouvons en matière de faillite à l'article 13.3 (1) (iv) qui défend au syndic ayant agi comme comptable, vérificateur ou conseiller juridique du débiteur d'agir comme syndic de l'actif du débiteur en question sans l'autorisation préalable du tribunal. »

6. Système de preuve

Notre système de justice repose sur un système de procédure et de preuve dit « contradictoire ». Sauf les exceptions expressément prévues par la loi, il appartient à celui qui invoque un droit de prouver ses prétentions. Celui contre qui le droit est invoqué peut faire valoir divers moyens de défense dans le but de réfuter les allégations qui lui sont reprochées. C’est le droit de procédure civile qui vient encadrer ce processus en établissant les règles qui dictent la conduite des parties à l’occasion des débats engagés devant une cour de justice. Quant au droit de la preuve, il vient établir les règles relatives aux conditions de fonds et de formes que doit rencontrer une preuve pour être déclarée admissible et opposable aux tiers.

Compte tenu de l’objet du présent cahier qui vise à informer de manière générale et succincte des principales règles en matière de preuve civile, nous laisserons de côté le droit de la procédure civile pour nous concentrer davantage sur les conditions que doit rencontrer toute preuve pour être jugée recevable devant une cour de justice et ainsi être considérée par le juge au moment de rendre sa décision.

En matière de preuve, la règle générale est à l’effet que les parties doivent présenter la meilleure preuve possible. Les critères de qualité, de fiabilité, et de pertinence sont ceux appliqués dans le processus d’évaluation de la qualité de la preuve présentée devant le tribunal. En effet, c’est à la suite de l’application des critères énumérés que le juge sera en mesure de déterminer ce que l’on appelle la force probante de la preuve et lui accorder une valeur prépondérante⁷⁸.

Le droit de la preuve fait également état du fardeau de preuve. Par fardeau de preuve, on entend : « [...] l’obligation pour une partie de faire la démonstration du bien-fondé de son droit, de ses prétentions et des faits allégués et d’en convaincre le tribunal.⁷⁹ » C’est l’article 2803 du *Code civil du Québec* qui énonce cette règle. Le fardeau de la preuve repose sur chacune des parties et varie selon qu’elle est en demande ou en défense. Ainsi, toujours sous réserve de certaines exceptions, il revient à la partie demanderesse de présenter sa preuve en premier. Puis, une fois la preuve de la partie demanderesse complétée, c’est au tour de la partie défenderesse de présenter sa propre preuve⁸⁰. C’est alors que le fardeau de preuve se déplace de la partie demanderesse vers la partie défenderesse. Il revient alors à cette dernière de présenter sa propre preuve afin de faire échec à la preuve présentée en demande et réfuter ainsi les faits allégués contre elle⁸¹.

78. Tessier, Pierre et Monique Dupuis : « Preuve et procédure : *La preuve devant le tribunal civil* » Collection de droit, École du Barreau du Québec, 2012, p. 227. « La force probante d’une preuve dépend de sa fiabilité et de sa pertinence par rapport aux faits en litige. La preuve offerte doit être la plus parfaite et complète possible; la règle de la meilleure preuve vise la fiabilité de la preuve offerte, sous réserve de l’administration exceptionnelle d’une preuve secondaire. La partie à qui incombe en vertu du droit substantiel la charge de la preuve doit en principe l’établir de façon prépondérante au moyen d’éléments factuels pertinents en droit et en faits. »

79. *Ibid.*

80. Tessier, Pierre et Monique Dupuis, supra note 80, p. 230. « Un fardeau de la preuve incombe à chacune des parties, selon sa position dans un litige. Suivant le premier alinéa de l’article 289 C.p.c., « C’est à la partie sur laquelle repose le fardeau de la preuve à procéder la première à l’interrogation de ses témoins. » Comme le prévoit le second alinéa de cette disposition, la « partie adverse présente ensuite sa preuve ». L’instruction devant le tribunal commence donc par la preuve de la demande, soit, en règle générale, par la partie qui réclame la reconnaissance et l’exécution d’un droit.

81. *Ibid.* « En cours d’instruction, après clôture de la preuve de la demande, le fardeau de la preuve se déplace et repose dorénavant sur les épaules de la partie contestante qui, à partir de faits dont la preuve lui incombe, doit établir la nullité, la modification ou l’extinction du droit invoqué par la partie adverse en fonction du droit substantiel pertinent. La partie défenderesse ou intimée, à qui incombe également un fardeau de la preuve (art. 2083 C.c.Q.), présentera donc une preuve pour faire échec à celle de la demande. »

C’est la prépondérance de la preuve présentée devant le tribunal au cours de l’instruction qui permettra au juge de déterminer si elle est suffisante pour soutenir les faits allégués au soutien des prétentions des parties. Il faut se référer à l’article 2804 du *Code civil du Québec* pour déterminer ce que le législateur entend par l’expression « prépondérance de preuve ». Ainsi le caractère prépondérant de la preuve s’entend : « [de ce] qui rend l’existence d’un fait plus probable que son inexistence.⁸² » La notion de « probabilité » revêt un caractère déterminant⁸³. Lors du délibéré le juge sera en mesure d’évaluer si la partie demanderesse ou défenderesse selon le cas s’est acquittée de son fardeau de preuve⁸⁴.

Aussi soulignons que pour être recevable devant une cour de justice la preuve doit être pertinente. Nous retrouvons ce principe énoncé à l’article 2857 du *Code civil du Québec*. La pertinence est évaluée selon le caractère probant de la preuve⁸⁵. Enfin il faut mentionner que le *Code civil du Québec* à l’article 2811 énonce les 5 moyens de preuve qui sont admissibles soit : l’écrit, le témoignage, la présomption, l’aveu et l’élément matériel⁸⁶.

82. Voir Article 2804 *Code civil du Québec*.

83. Voir Tessier, Pierre et Monique Dupuis, supra note 80, p. 232. « Quand la preuve devient-elle prépondérante ? » Il n'existe pas de réponse absolue. Cela dépend de la nature et de l’objet de chaque cause, de la qualité, de la pertinence et de la quantité de la preuve, qu’elle soit écrite, testimoniale ou matérielle, ainsi que de l’appréciation du tribunal. Ainsi, la causalité n’a pas à être déterminée avec une précision scientifique. C’est une question pratique qui fait appel au bon sens ordinaire, par une appréciation décisive et pragmatique des faits. Un degré raisonnable de certitude signifie un degré de probabilité supérieur à 50 %. La prépondérance est la probabilité, et la probabilité, c’est ce qui est « certain » à 51 %, et non à 100 %. Le résultat atteint peut donner une approximation de la vérité, ce qui suffit en vertu de la norme de prépondérance. Tant mieux si la preuve est certaine, mais ce n’est pas essentiel. »

84. *Ibid.*, « Pour se décharger de son fardeau de la preuve et réussir dans sa demande, la partie demanderesse ou requérante doit établir son droit de façon prépondérante. Ainsi, dans une action en responsabilité civile extracontractuelle, le demandeur doit prouver l’existence probable de trois éléments, soit une faute, un préjudice et un lien de causalité directe entre ces deux éléments (art. 1457 C.c.Q.). En l’absence de prépondérance de la preuve, le demandeur qui ne peut se décharger de son fardeau de la preuve perd sa cause. Lorsque la preuve est nettement contradictoire et que la preuve de la défense est jugée de poids égal à celle de la demande, de sorte que cette dernière n’est pas prépondérante, l’action devrait, en principe, être rejetée, puisque le tribunal ne peut trancher en faveur de la demanderesse qui ne s’est pas déchargée de son fardeau de la preuve. »

85. *Ibid.*, « Une preuve doit être pertinente et fiable. Tout ce qui est probant doit être reçu en preuve. Par contre, une preuve non pertinente ne doit pas être reçue au dossier, parce qu’étrangère et inutile au débat. Cette règle de la pertinence vaut à l’égard de tous les éléments et les moyens de preuve. Un fait est pertinent s’il doit influencer sur la décision à rendre. Ce qui n’est pas pertinent n’est pas probant; ce qui n’est aucunement probant est inutile à la solution du litige; ce qui n’a aucune valeur probante est donc irrecevable en preuve. »

86. Voir Tessier, Pierre et Monique Dupuis, supra note 80, p. 236. « L’écrit, le témoignage (auquel se rattache l’affidavit détaillé) et l’élément matériel sont des modes de preuve directe. Leur contenu se perçoit de façon immédiate par l’audition des paroles prononcées et par l’examen d’un document ou d’un objet présentés. L’aveu et la présomption sont des modes de preuve indirecte qui découlent d’un mode de preuve directe. L’aveu est introduit en preuve par le truchement de la preuve écrite ou testimoniale, ou encore par les allégations d’un acte de procédure ou la déclaration de l’avocat. La présomption découle du contenu de la preuve écrite, testimoniale ou matérielle, ou de la loi. »

Conclusion

Bref retour sur les points abordés

L’objectif de la démarche réalisée dans le cadre du présent cahier de recherche vise avant tout à présenter les grandes lignes d’un aspect précis du droit applicable en matière de faillite et d’insolvabilité. Plus particulièrement, nous avons concentré notre propos sur le financement provisoire consenti par un créancier intérimaire dans le cadre du processus menant au dépôt d’une proposition concordataire sous la LACC. Nous avons constaté que pour ce qui est des salaires des travailleurs à l’emploi de l’entreprise insolvable, il existe un programme de protection permettant de compenser les pertes subies. Toutefois, tel que nous l’avons vu, les compensations offertes sont plutôt limitées. Toujours sous la LACC mais cette fois en ce qui concerne les prestations dévolues aux travailleurs retraités, nous avons été en mesure de constater qu’il n’existe à peu près pas de protection garantissant le maintien des régimes de retraite et le versement des prestations qui en résulte. La super-priorité octroyée aux prêteurs intérimaires et le rang accordé aux fiducies présumées des lois provinciales affectent les régimes de retraite qui sont relégués à un rang inférieur. Pour ce qui est de la convention collective négociée dans le cadre du régime des relations de travail la LACC vient en garantir le maintien. Toutefois, le législateur prévoit la possibilité de rouvrir le contrat collectif de travail pour en revoir les termes. Cependant, tel que nous avons pu le constater dans le cadre de la recherche en cours, il semble plutôt laborieux d’assurer la mise en place d’un climat propice à l’instauration d’un véritable processus de négociation entre les parties. Fort heureusement, le législateur a dévolu un rôle important au syndic-contrôleur qui a la responsabilité de s’assurer du respect de la loi et de la sauvegarde des droits des parties. Encore une fois, on ne peut que se questionner sur l’efficacité réelle du rôle joué par le syndic-contrôleur compte tenu de sa proximité avec la débitrice, de l’apparence de partialité qui peut survenir dans certaines situations et des risques de conflits d’intérêts potentiels en raison du fait qu’il représente à la fois les intérêts des créanciers et de l’entreprise débitrice insolvable. Enfin, nous avons brièvement abordé notre système de preuve et la procédure contradictoire qui le caractérise. L’objectif visé est double. Tout d’abord il s’agit d’informer le lecteur sur les grands principes qui le caractérise, mais aussi, et surtout, de le sensibiliser à l’importance de bien documenter chacun des dossiers déposés au tribunal. Ainsi le juge pourra apprécier, dans leur juste mesure, l’ensemble des tenants et aboutissants de l’affaire, ce qui lui permettra de rendre une décision qui reflétera davantage les conclusions recherchées.

Les résultats de la recherche

De l’analyse documentaire et des observations empiriques que nous avons pu réaliser dans le cadre des travaux menés par l’ensemble des membres de l’équipe de recherche, nous tirons les constats suivants au sujet de la LACC.

- La LACC est une législation peu contraignante pour le débiteur et laisse beaucoup de pouvoirs aux créanciers prioritaires;
- La LACC entre en conflit avec des législations provinciales notamment la *Loi sur les régimes de retraite* de l’Ontario tel que nous avons pu le constater dans l’affaire *Indalex*;
- La LACC permet de rendre certaines ordonnances qui entrent en conflit avec des normes d’ordre public destinées à protéger les salariés;

- La LACC nécessite une forte implication juridique des parties prenantes;
- La LACC protège mal les droits et créances des travailleurs actifs et retraités malgré son renforcement à la suite de la réforme de 2009.

Perspectives de recherche

Les réflexions générées dans le cadre du présent cahier nous conduisent à envisager les pistes de recherche suivantes afin de mieux comprendre les problématiques identifiées. Ainsi nous croyons nécessaire :

- De procéder à une analyse comparée des lois portant sur les propositions d’arrangements avec les créanciers, et ce, dans plusieurs pays;
- De procéder à une analyse quantitative des effets de la loi (nombre de cas, nombre de salariés touchés, montant des créances en cause, pourcentage de succès, pourcentage de faillites une fois le processus de la LACC complété, montant des frais juridiques encourus, etc.);
- De procéder à une analyse qualitative des effets de la loi (entrevues avec les acteurs directement impliqués dans les problématiques rencontrées à l’occasion de l’application de la LACC et suivi longitudinal des cas à l’étude).

Bibliographie

ASSOCIATION DU BAREAU CANADIEN, *Points saillants de la restructuration d’Air Canada en vertu de la LACC*, par Donald G. Gray et Joseph Bellissimo, Cassels Brock & Blackwell s.r.l. disponible à l’adresse suivante : http://www.cba.org/Abc/nouvelles/bank_2003/PrintHtml.aspx?DocId=10739 (page consultée le 24 décembre 2013).

BEAULIEU, Hélène, *Le conflit d’intérêts et le syndic en matière de faillite et d’insolvabilité : le cumul de fonctions de syndic et de mandataire*, conférence prononcée au congrès du Barreau de 2001.

BÉLANGER, H. Philippe et Sylvain RIGAUD. 2009. *La réforme en matière de faillite et d’insolvabilité : nouveautés et codification de pratiques existantes*. Cowansville : Éditions Yvon Blais.

BÉLANGER, H. Philippe et Bogdan-Alexandru DOBROTA, *Protection des employés ou salariés et conventions collectives*, Fascicule 18, À jour au 8 novembre 2010. Disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://www.lexisnexis.com/store/images/samples/CA/9780433462477.pdf> (Page consultée le 24 avril 2013).

Commission des services financiers de l’Ontario, *Versements excédentaires et liquidation de régime – FAQs*, disponible à l’adresse suivante : <http://www.fsco.gov.on.ca/fr/pensions/administrators/Pages/faqs-on-overpayments-and-plan-wind-up.aspx> (page consultée le 6 avril 2014).

DESJARDINS, Annick. 2010. *La cessation d’emploi dans le cadre d’une restructuration d’entreprise sous l’égide de la Loi sur les arrangements avec les créanciers* dans *L’ABC des cessations d’emploi et des indemnités de départ*, Service de la formation continue. Éditions Yvon Blais, Barreau du Québec, vol. 319.

DESLAURIERS, Jacques. 2011. *La faillite et l’insolvabilité au Québec*, 2^e Édition. Montréal : Wilson & Lafleur.

FADI, Nicolas. 2010. *L’impact de l’information sur le processus de prise de décision dans un environnement complexe*, disponible à l’adresse suivante : <http://www.fgm.usj.edu.lb/files/pdf/a102010.pdf>. (page consultée le mercredi 1^{er} janvier 2014).

MINISTÈRE DU TRAVAIL DE L’ONTARIO, *Programme fédéral de protection des salariés*, disponible à l’adresse suivante : <http://www.labour.gov.on.ca/french/es/pubs/wepp.php> (page consultée le jeudi 11 avril 2013).

SIMARD, P. Roger, *Attaques collatérales contre l’ordre de collocation de faillite*, dans « Sûretés, insolvabilité et restructuration » Colloque présenté à l’Université Laval, Vendredi le 26 octobre 2012, p. 27.

TERMIUM PLUS - *La banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada*, disponible à l’adresse suivante : <http://www.btb.termiumplus.gc.ca> (page consultée le 6 avril 2014).

TESSIER, Pierre et Monique DUPUIS. 2012. *Preuve et procédure : La preuve devant le tribunal civil*, Collection de droit, École du Barreau du Québec.

