

HD
2346
C2A24214

Secrétariat de la Petite entreprise Document de travail

ANALYSE COMPARATIVE DU REGIME
DE LA FAILLITE COMMERCIALE
AU CANADA ET AUX ETATS-UNIS



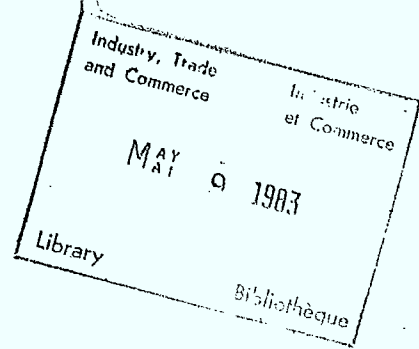
Gouvernement
du Canada

Industrie
et Commerce

Government
of Canada

Industry, Trade
and Commerce

TRADUCTION



ANALYSE COMPARATIVE DU REGIME
DE LA FAILLITE COMMERCIALE
AU CANADA ET AUX ETATS-UNIS

Etude préparée pour
le Secrétariat à la petite entreprise
du Ministère de l'Expansion industrielle régionale
Par The Clarkson Company Limited

Mai 1982

ANALYSE COMPARATIVE DU RÉGIME
DE LA FAILLITE COMMERCIALE
AU CANADA ET AUX ÉTATS-UNIS

Portée de l'étude

Le Secrétariat de la petite entreprise du ministère de l'Industrie et du Commerce a fait appel aux services de la Clarkson Company Limited pour étudier la législation américaine de la faillite et la comparer à la Loi sur la faillite actuellement en vigueur au Canada. La présente étude comporte les éléments suivants:

1. mise en évidence des principales dispositions de la législation de la faillite aux États-Unis;
2. comparaison du régime de la faillite aux États-Unis et des dispositions correspondantes, s'il en est, dans la Loi sur la faillite du Canada, l'accent étant mis tant sur les différences que sur les similitudes;
3. analyse des dispositions particulières des lois de faillite américaines pour vérifier dans quelle mesure elles produisent les effets voulus et observés dans les cas de faillite particuliers.

Travail de recherche

Parmi les recherches préliminaires à la présente étude figurent:

1. une étude de la législation de la faillite au Canada et aux États-Unis:

Canada: Loi sur la faillite, S.R.C. 14, art. 1.

États-Unis: Bankruptcy Code des États-Unis, titre 11

avec un relevé des dispositions législatives de chaque pays, sur l'insolvabilité des petites entreprises;

2. une comparaison entre les législations canadienne et américaine dans la mesure où elles ont une incidence sur les affaires;
3. des interviews avec des juges des tribunaux compétents en matière de faillite, tant au Canada qu'aux États-Unis, ainsi qu'avec des avocats spécialisés dans les questions de faillite et avec des administrateurs d'entreprises devenues insolubles;
4. une étude des statistiques sur la solvabilité relative d'un certain nombre de types de petites entreprises au Canada et aux États-Unis;

5. des discussions avec des collègues spécialisés dans les questions relatives à la faillite de petites entreprises et qui ont une expérience de l'administration de faillites au Canada et aux États-Unis;
6. des discussions avec des directeurs de services de crédit.

Présentation des auteurs de l'étude

La société Clarkson Company Limited est la plus ancienne au Canada dans le domaine de l'insolvabilité commerciale. Elle compte 37 syndics autorisés à exercer leurs fonctions dans toutes les provinces canadiennes et 100 spécialistes des questions d'insolvabilité. La majeure partie de l'effectif est composée de comptables professionnels mais, un certain nombre d'entre eux ont une formation en génie industriel, en conseiller de gestion ou en informatique. L'entreprise est associée avec Woods Gordon et Clarkson Gordon, respectivement les plus grandes entreprises canadiennes de conseils en gestion et d'experts comptables, et, au besoin, fait appel à leurs compétences en ce qui concerne les questions d'insolvabilité.

En élaborant la présente étude, nous avons résumé les observations pratiques et tiré des conclusions de notre expérience collective dans notre travail. Nous avons puisé aux commentaires d'avocats et de magistrats beaucoup plus instruits que nous de l'état du droit et nous nous sommes fiés à leurs remarques pour souligner certaines différences subtiles entre les législations canadiennes et américaines en matière de faillite. L'étude ne traite pas de l'interprétation des lois en vigueur dans ce domaine; cette question ne relève d'ailleurs pas de notre compétence.

Comparaison entre les régimes canadien et américain de la faillite

Les législations canadienne et américaine de la faillite ont beaucoup de points en commun; cependant, il existe de nombreuses différences subtiles entre les deux régimes, qui ont une incidence considérable sur le nombre relatif des cas officiels d'insolvabilité dans les deux pays.

Avant d'analyser plus à fond ces différences ainsi que leur incidence sur les problèmes d'insolvabilité des petites entreprises, nous avons fait un résumé des dispositions communes aux deux législations.

1. La Loi sur la faillite, S.R. 1970, c. B3

La Loi sur la faillite du Canada se divise en 10 parties; les règles essentielles régissant l'insolvabilité au Canada sont cependant concentrées dans les parties II et III. La partie II porte sur les ordonnances de séquestre et les cessions (liquidation) alors que la partie III traite des propositions concordataires (réorganisation).

2. Le Bankruptcy Code des États-Unis, titre 11

Le code américain comprend huit (sic) chapitres, dont les chapitres 7 et 11 définissent deux types d'insolvabilité. Le chapitre 7 traite de la liquidation (faillite) tandis que le chapitre 11 indique comment réorganiser une entreprise insolvable (proposition concordataire).

On trouve ailleurs dans la législation respective des deux pays, des définitions, des dispositions relatives à l'administration et aux pouvoirs et obligations des fonctionnaires, ainsi que des règles spéciales applicables à la faillite personnelle ou déconfiture. Nous n'avons pas examiné l'application des lois aux cas des petites faillites personnelles, ni les nombreuses dispositions afférentes à l'administration qui sont à peu près les mêmes dans les deux pays.

Nous avons mis en évidence un certain nombre de différences entre les régimes, lesquelles semblent avoir une grande incidence sur la façon d'agir des hommes d'affaires et des créanciers. C'est ce qui explique qu'il y ait certaines particularités étonnantes de chaque côté de la frontière, dans l'organisation du commerce et, par conséquent, une différence dans le nombre de faillites.

Dans la présente étude, nous dégageons les principales différences entre les deux régimes et examinons dans quelle mesure elles peuvent avoir un rapport avec le nombre relatif des faillites dans chacun des pays.

Voici quelles sont les principales différences:

a) Définition de la personne insolvable

La législation américaine (101-26) définit la personne insolvable de façon beaucoup plus restrictive que ne le fait la loi canadienne. La définition américaine se limite au critère du bilan fondé sur la juste valeur marchande (le passif du débiteur doit être supérieur à la juste valeur marchande de son actif). Au Canada (art. 2), un débiteur peut être déclaré insolvable conformément au critère du bilan, comme aux États-Unis, mais aussi en vertu du critère de la marge d'autofinancement (si le débiteur est incapable de payer ses dettes à l'échéance) ou en vertu du critère du défaut de paiement (si le débiteur cesse d'honorer ses obligations courantes).

En raison de ces distinctions, il est beaucoup plus difficile au créancier américain d'établir que son client est insolvable s'il ne connaît pas la situation financière réelle de celui-ci. Il est rare qu'un créancier soit au fait de l'état financier courant de son client; s'il l'est, il lui est en général impossible de déterminer la juste valeur marchande de l'actif de son client sans avoir recours aux services d'un expert en la matière en déboursant une somme importante.

Au Canada, le même créancier pourrait plus facilement prouver l'état d'insolvabilité de son client en se fondant sur le critère du défaut de paiement. Le créancier qui a une créance non contestée et exigible doit simplement prouver qu'il existe d'autres créanciers qui se trouvent dans le même état que lui pour pouvoir intenter une action en faillite forcée par le biais d'une requête de mise en faillite.

Bref, le critère auquel a recours le créancier canadien pour établir l'insolvabilité de son débiteur est beaucoup plus souple que celui qui existe aux États-Unis.

b) Action engagée par le débiteur

Le débiteur américain peut, en vertu de l'article 11-301 du Code, intenter lui-même une action en cas d'insolvabilité. Le débiteur fait alors une requête à la Cour en vertu du chapitre 7, ou en vertu du chapitre 11 s'il satisfait aux conditions définies au Code. Ces dispositions diffèrent des articles analogues de la loi canadienne du fait que le débiteur américain peut se prévaloir des avantages que lui donne la loi sans être nécessairement insolvable.

En comparaison, le débiteur canadien doit être insolvable (article 31(1)) pour faire une cession de ses biens et seul un failli ou une personne insolvable peuvent faire une proposition concordataire (article 32(1)).

Il résulte de cette distinction que les créanciers américains ont l'impression que les débiteurs qui ne sont pas insolubles ont recours au chapitre 11, ou menacent de le faire, en vue de retarder ou de frustrer leurs créanciers. Sur réception d'une requête en vertu du chapitre 11, le tribunal protège le débiteur pendant un certain nombre de mois, et ce sont les créanciers qui paient les frais; à l'expiration du délai prévu au chapitre 11, le débiteur peut, avec l'approbation du tribunal, être à même d'imposer une solution de compromis à ses créanciers exaspérés.

c) Action engagée par les créanciers

Aux États-Unis (11-303(b)i), la mise en faillite forcée peut être faite par trois créanciers ou moins dont les créances chirographaires ne comportent aucune restriction et s'élèvent globalement à un minimum de 5 000 \$. En revanche, au Canada (art. 25(1)), une requête de mise en faillite peut être déposée par un seul créancier dont la créance s'élève à 1 000 \$ au moins. La disposition américaine selon laquelle la requête doit être déposée par trois créanciers au moins contribue à accroître les frais de la procédure. En effet, les créanciers peuvent être éloignés l'un de l'autre, et il y a toujours le risque qu'un débiteur audacieux les accuse de "collusion" au sens de la loi antitrust.

Aux États-Unis, il existe deux motifs (11-303(h)) pour lesquels le tribunal peut mettre un débiteur en faillite:

- i) (TRADUCTION) "En général, le débiteur ne paye pas ses dettes à leur échéance" (critère de la marge d'autofinancement), ou
- ii) (TRADUCTION) "Dans les 120 jours précédant la date du dépôt de la requête, un curateur, un séquestre ou un mandataire autorisé a été nommé en vue d'assumer la gestion d'une partie des biens du débiteur dans le but d'exercer un privilège sur ces biens, ou a effectivement pris possession desdits biens à cette fin" (critère de la saisie).

Le premier critère, celui de la marge d'autofinancement, est également le motif le plus souvent invoqué au Canada pour prononcer la faillite. Il existe cependant, en plus du critère de la marge d'autofinancement, toute une série d'actes ou de faits de faillite que le créancier canadien peut invoquer dans une requête de mise en faillite:

- i) art. 24 (a): le débiteur fait une session de ses biens à un syndic au profit de ces créanciers en général;
- ii) art. 24 (b): le débiteur transporte, donne, livre ou transfère frauduleusement ses biens ou quelques parties de ces derniers;
- iii) art. 24 (c): le débiteur fait un transport ou transfert de ses biens ou les grève d'une charge, et une telle opération est nulle comme entachée de préférence frauduleuse;
- iv) art. 24 (d): avec l'intention de frustrer ou de retarder ses créanciers, le débiteur quitte le Canada, ou, étant parti du Canada, reste hors du Canada, ou quitte son logement ou s'absente d'autre manière;
- v) art. 24 (e): le débiteur permet qu'une partie de ses biens soit saisie en vertu d'une exécution ou d'une autre procédure engagée contre lui;
- vi) art. 24 (f): à une réunion de ses créanciers, le débiteur produit un bilan démontrant qu'il est insolvable, ou présente ou fait présenter à cette réunion un aveu par écrit de son incapacité de payer ses dettes;
- vii) art. 24 (g): le débiteur cède, enlève, cache ou aliène, ou essaie ou est sur le point d'aliéner quelque partie de ses biens avec l'intention de frauder, frustrer ou retarder ses créanciers;

viii) art. 24 (h): le débiteur donne avis à ses créanciers qu'il suspend le paiement de ses dettes;

ix) art. 24 (i): le débiteur fait défaut à quelque proposition concordataire.

Le créancier canadien peut intenter une action de mise en faillite forcée beaucoup plus rapidement et sommairement que son homologue américain. En effet, il n'a pas à agir de connivence avec d'autres créanciers et il a un choix plus vaste de motifs pour prouver l'état de faillite de son débiteur.

d) La protection de l'actif avant que le tribunal ne prononce la faillite

Au Canada et aux États-Unis, le débiteur peut conserver la possession de ses biens et continuer l'exploitation de son entreprise tant qu'il n'a pas été statué sur la requête de mise en faillite; les tribunaux canadiens et américains ont cependant le pouvoir de nommer respectivement un séquestre intérimaire (art. 28(1) de la Loi sur la faillite du Canada) ou un Interim Trustee (syndic intérimaire) (11-303(9), Bankruptcy Code). Dans les deux pays, le fonctionnaire ainsi nommé prend possession de l'actif du débiteur, mais la similitude entre les deux régimes s'arrête là. Aux États-Unis, le tribunal peut ordonner au Interim Trustee de continuer l'exploitation de l'entreprise du débiteur alors qu'au Canada, le tribunal ordonne généralement au séquestre intérimaire de ne pas s'ingérer indûment dans les affaires du débiteur.

Au Canada, le débiteur peut convaincre le tribunal d'imposer un engagement aux créanciers requérants, relativement à toute ingérence dans les droits du débiteur et aux dommages qui peuvent être subis si la requête est renvoyée. Une fois nommé, le séquestre intérimaire n'est normalement pas relevé de ses fonctions tant que le tribunal n'a pas statué sur la requête. Il n'en va pas de même aux États-Unis où le débiteur peut reprendre possession de l'actif en fournissant une caution.

Sous le régime canadien, le séquestre intérimaire peut continuer à assurer le financement de l'entreprise en empruntant sur la garantie de certificats et peut rembourser les avances consenties à l'entreprise avant que le tribunal n'ait statué sur la requête. En revanche, son homologue américaine ne peut contracter de telles obligations du fait que le débiteur peut en tout temps lui enlever la possession de l'actif en fournissant la caution exigée par le tribunal, et d'autant plus que les créances établies entre la date du dépôt de la requête et la date où le tribunal rend sa décision ne sont payées qu'une fois qu'on été prélevés tous les frais relatifs à la faillite (11-507-(1) (2)) dans le cas où le tribunal prononce la faillite.

e) Qualité de syndic

Aux États-Unis, le syndic (11-321) peut être, soit une personne compétente pour exercer les fonctions d'un syndic, qui réside dans le ressort du tribunal ou dans un ressort adjacent, soit une société autorisée à agir à titre de syndic en vertu de la Loi et ayant un bureau dans l'une desdites circonscriptions. Une même personne ne peut agir à la fois comme enquêteur (examiner) et comme syndic dans un même dossier.

Comme il n'existe aucun organisme de contrôle, la qualité du travail des syndics varie énormément selon les cas. C'est le tribunal qui choisit le syndic, ce qui ouvre la porte à un certain favoritisme.

La situation n'est pas la même au Canada. Toute personne qui veut agir en qualité de syndic doit faire une demande de licence au surintendant des faillites; ce dernier procède à une enquête avant que le Ministre ne délivre la licence, et cette dernière doit être renouvelée périodiquement (Art. 9).

Dans la pratique, d'après le programme canadien, tous les requérants doivent réussir un examen établi à l'échelle nationale et comportant des parties orales et écrites; la majorité des candidats doit avoir une expérience pratique des fonctions de syndic pour pouvoir obtenir une licence.

Les actes des syndics canadiens sont toujours soumis au contrôle du surintendant des faillites. Aux États-Unis, le syndic est, en dernier lieu, responsable devant le tribunal qui l'a nommé au dossier. Il en résulte que la nomination des syndics semble souvent être teintée de népotisme. Il n'est donc pas étonnant que la capacité des syndics varie grandement aux États-Unis et que toute la procédure en matière de faillite inspire généralement très peu confiance au milieu des affaires.

f) Obligations, pouvoirs et rémunération du syndic

Les obligations et les pouvoirs du syndic sont plus explicites dans la loi canadienne que dans la législation américaine; en pratique, il y a cependant peu de différence entre les deux législations à cet égard. Aux États-Unis, les honoraires du syndic correspondent à un pourcentage, déterminé par la loi, de toutes les créances recouvrées, y compris celles des créanciers garantis. Il s'agit là d'une différence importante entre les régimes américain et canadien, la rémunération du syndic canadien n'étant établie qu'en fonction de l'actif net, après paiement des créanciers garantis.

En permettant au syndic américain de percevoir des honoraires sur les sommes recouvrées par un créancier garanti ou sur la réalisation de sa garantie, le Bankruptcy Code expose le créancier garanti à subir des pertes dans les cas de mise en faillite. Le

créancier garanti américain tendra donc à prendre moins de risques commerciaux que son homologue canadien, et il fera supporter par l'emprunteur une majoration du coût de l'emprunt.

g) L'assemblée des créanciers

Aux États-Unis, l'assemblée des créanciers est présidée par le tribunal, ou assujettie aux directives de celui-ci. Au Canada, en revanche, c'est le séquestre officiel ou le syndic qui préside l'assemblée des créanciers. L'assemblée canadienne, qui ressemble à une réunion d'hommes d'affaires, tranche sur l'assemblée américaine, qui a souvent lieu à la cour, devant un juge, et qui semble davantage correspondre à une formalité légale et rituelle. Au Canada, les créanciers participent activement à l'assemblée et peuvent interroger personnellement tant le syndic que le débiteur, alors qu'aux États-Unis, les créanciers ne peuvent se renseigner aussi librement, et ce sont leurs avocats qui, plus souvent qu'autrement, posent les questions. Ces derniers créanciers ont souvent l'impression d'être exclus de la procédure.

h) Suspension de la procédure

Une différence essentielle entre les régimes canadien et américain réside dans les actes qui sont permis pendant la suspension de la procédure. Au Canada, lors de la déposition d'une proposition ou lors d'une faillite (Art. 49(1)), aucun créancier n'a le droit d'intenter ou de poursuivre une action sans l'autorisation du tribunal. Il existe une seule exception à cette règle générale: un créancier garanti peut réaliser sa garantie ou autrement en disposer (Art. 49(2)).

Aux États-Unis, la suspension de la procédure (11-362(5)) comporte la suspension de toute action visant à créer, accroître ou exercer un privilège sur les biens du débiteur ainsi que la suspension de tout privilège dans la mesure où ce privilège garantit une créance née avant le début de la procédure de mise en faillite. Cette suspension vaut tant que les biens appartiennent à la masse des créanciers. En raison de la suspension des droits des créanciers garantis, les créances de ces derniers et le produit de la réalisation de leurs garanties font toujours partie de l'actif administré par le syndic ou par le débiteur qui continue à exercer la possession de ces biens, tant qu'il n'a pas été décidé de la répartition de l'actif. Par conséquent, la suspension du droit des créanciers garantis de réaliser leur garantie contribue à accroître les frais et les pertes que ceux-ci doivent assumer. Dans un tel contexte, les créanciers garantis, contrairement à leurs homologues canadiens, sont portés à prendre peu de risques commerciaux. Les sources de financement qui s'offrent aux hommes d'affaires américains sont donc relativement moins nombreuses que celles auxquelles peuvent avoir recours les hommes d'affaires canadiens pour des entreprises de même importance.

Une autre distinction importante entre les deux législations résulte du fait qu'aux États-Unis, lors d'une réorganisation en vertu du chapitre 11, le créancier garanti ne peut plus tenter une action en vue de réaliser sa garantie. Compte tenu tout au moins des frais supplémentaires et des pertes possibles, il arrive rarement qu'un créancier garanti continue à accorder du crédit à un débiteur lors d'une réorganisation en vertu du chapitre 11, ce qui force en fait le débiteur à s'en sortir seul.

Au Canada, les droits des créanciers garantis n'étant pas suspendus, le débiteur peut, dans certains cas, maintenir ses liens d'affaires avec ses créanciers garantis et procéder à une réorganisation au bénéfice de tous ses créanciers par le truchement d'une proposition concordataire.

Il peut parfois arriver qu'un tribunal américain rétablisse un créancier garanti dans ses droits s'il estime que la créance garantie n'est pas suffisamment protégée, que le débiteur n'a aucune part dans la garantie ou que le bien n'est pas nécessaire à une réorganisation efficace. Mais encore là, cette exigence contribue à opposer le créancier garanti à la masse des créanciers et rend moins probable la collaboration du créancier garanti à la réorganisation.

Il arrive souvent que le syndic ou que le débiteur arrive à "tirer" (négocier) un certain montant d'un créancier garanti au titre de la contribution de ce dernier aux frais de gestion ou à la réorganisation, en contrepartie du droit du créancier garanti de réaliser sa garantie.

i) Contrats non encore exécutés

Aux États-Unis, un débiteur ou son syndic peuvent soit résilier, soit respecter un contrat non exécuté tel qu'un bail, une convention d'achat ou un contrat d'entreprise, tant en cas de liquidation que de réorganisation. En vertu de la loi canadienne, cette possibilité n'a lieu qu'en cas de faillite, car dans le cas d'une proposition, les droits du co-contractant continuent d'exister après la proposition, à moins que le contrat n'ait été résilié avant l'institution de la procédure. Ceci est particulièrement ennuyant lorsque la réclamation en dommages-intérêts d'un locataire ou la demande d'indemnité de cessation d'emploi d'un ancien employé, considérées comme postérieures à la proposition, font l'objet d'un privilège sur des biens nécessaires à la bonne réorganisation de l'entreprise. A cet égard, une réorganisation d'entreprise est plus facile sous le régime américain, étant donné qu'il est possible de mettre fin à des contrats à titre onéreux, non encore exécutés, les co-contactants devant alors prouver leur réclamation comme tous les autres créanciers. Une fois réorganisée, l'entreprise peut ainsi repartir à zéro. Cette disposition de la législation américaine a été intégrée dans le nouveau projet de loi C-12 sur la faillite présenté au Canada.

j) Collocation des créanciers

La collocation des créanciers est prévue dans les législations américaine et canadienne. Il n'existe que deux différences, somme toute minimes, entre les deux régimes. La loi américaine reconnaît la catégorie des créanciers dont les créances sont nées pendant la période comprise entre la date du dépôt de la requête et la date où le tribunal prononce la faillite; ces créances sont privilégiées et prennent rang après les frais relatifs à la gestion de l'actif du débiteur. La situation n'est pas tellement différente au Canada du fait que dans la plupart des cas où il y a continuation de l'exploitation grâce à l'obtention de crédits commerciaux, il y a nomination d'un séquestre intérimaire et que les avances de crédit figurent au compte du séquestre intérimaire au titre des frais de gestion.

La deuxième différence réside dans le fait qu'aux États-Unis, les dépôts des clients constituent des créances privilégiées qui ont priorité sur toutes les créances de l'État. Ceci semble être une concession populiste du congrès américain et ne présente aucun intérêt dans la plupart des cas d'insolvabilité. Au Canada, ces dépôts constituent des créances non garanties, à moins d'être identifiées et versées à un compte en fidéicommiss distinct.

k) Comités de créanciers

Aux États-Unis, le tribunal peut, lors d'une réorganisation, nommer un comité de 7 créanciers habilités à conférer avec le syndic, à faire des recommandations à ce dernier et à soumettre des questions au tribunal. Ce comité n'a aucun droit de veto et ne peut tenter aucune action. Le comité est normalement formé des principaux créanciers qui figurent dans les documents du débiteur déposés devant le tribunal, auxquels peuvent parfois s'ajouter d'autres personnes nommées par le tribunal. Ce comité peut, avec l'assentiment du tribunal, faire appel aux services de consultants pour examiner le projet de réorganisation du débiteur et conseiller les créanciers.

Au Canada, les créanciers peuvent élire de un à cinq représentants, lesquels portent le nom d'inspecteurs. Ces inspecteurs agissent dans la plupart des cas de faillite et dans tous les cas de proposition concordataire importante. Lors d'une mise en faillite, les inspecteurs peuvent opposer leur veto à un certain nombre d'actes du syndic, même en ce qui a trait à l'approbation finale de ses comptes et honoraires. Dans le cas d'une proposition concordataire, les pouvoirs des inspecteurs sont définis dans la proposition. Un précédent a été récemment établi au Canada, des créanciers ayant négocié, avec le débiteur, l'accroissement des pouvoirs des inspecteurs comme condition d'acceptation d'une proposition concordataire.

La principale différence entre les deux législations consiste dans le degré de contrôle que les créanciers estiment pouvoir exercer sur le débiteur et le syndic par le truchement de leur comité. Les comités américains ne sont à peu près rien de plus que des groupes d'observateurs privilégiés qui peuvent, seulement dans une faible mesure, faire du favoritisme et influencer le tribunal. En revanche, les inspecteurs canadiens agissent plutôt comme un conseil d'administration et peuvent, par leurs décisions, exercer un contrôle et même influencer sur leur recouvrement ou perte éventuelle lors d'une proposition concordataire.

Les créanciers canadiens ont l'impression qu'ils ont plus de pouvoir et font, par conséquent, davantage confiance au régime qui les régit en matière de faillite.

1) Substitution de procédures

Aux États-Unis, il est presque toujours possible à un débiteur de modifier, avec l'assentiment du tribunal, une action engagée en vertu du chapitre 7 pour la continuer conformément au chapitre 11, et vice versa. En revanche, au Canada, toute proposition faite par un failli doit être approuvée par les inspecteurs; de plus, le syndic doit faire une enquête sur les circonstances de la proposition et en faire rapport aux créanciers. Les créanciers, réunis en assemblée générale, sont alors libres d'accepter ou de rejeter la proposition. Encore une fois, la principale différence entre les législations canadienne et américaine réside dans le fait que les créanciers canadiens ont un degré de contrôle important sur l'avenir du débiteur. Aux États-Unis, un débiteur peut passer de la réorganisation à la liquidation, ou vice versa, presque selon son caprice, et les créanciers n'y peuvent à peu près rien. Ceci se traduit souvent par un accroissement des frais, en raison de la nouvelle action qui doit être intentée et de la prolongation du délai nécessaire pour réaliser la réorganisation ou la liquidation éventuelle.

m) Administration de la réorganisation

Aux États-Unis, la réorganisation d'une entreprise peut être assurée par un débiteur ayant conservé la possession de ses biens. En fait, le débiteur (ou la direction de l'entreprise) agit à titre de syndic et a la responsabilité d'élaborer un projet de réorganisation, de régler les créances grevant l'actif et d'exploiter l'entreprise pendant la mise au point du projet de réorganisation. Au Canada, toute proposition concordataire doit être déposée entre les mains d'un syndic autorisé, lequel fait enquête sur les affaires et les biens du débiteur et dresse un rapport indépendant, destiné aux créanciers, sur la possibilité de réaliser la proposition du débiteur. Il arrive souvent que l'on ait recours à un séquestre intérimaire pour exercer un contrôle sur la continuation de l'exploitation, dans l'intérêt des créanciers, pour aider le débiteur à obtenir le financement nécessaire à l'entreprise et pour réviser toute transaction qui n'a pas été faite dans le cours normal des affaires.

Les créanciers canadiens ont l'impression qu'ils sont protégée, dans une certaine mesure, contre une plus grande détérioration de la situation de l'entreprise en raison du rôle du séquestre intérimaire et du rapport indépendant qui leur est soumis par le syndic sur la viabilité de la proposition concordataire.

Aux États-Unis, les créanciers éprouvent beaucoup de méfiance à l'égard du régime existant étant donné que le débiteur conserve la possession et le contrôle de son actif et peut, sous réserve uniquement de l'intervention du tribunal et de son accès à des sources de financement, continuer à expédier les affaires courantes. Les créanciers n'ont aucune assurance qu'ils seront protégés contre une aggravation de l'état de l'entreprise, dont l'exploitation est toujours assurée par le débiteur, et ils refusent tout crédit supplémentaire après la réorganisation en exigeant d'être payé à la livraison ou avant. L'insuffisance du crédit accordé à un débiteur qui cherche à réorganiser son entreprise limite d'autant plus le montant dont il dispose pour procéder à la réorganisation et met même en péril la continuation de l'exploitation, ce qui aboutit souvent à la liquidation de l'entreprise.

n) Annulation de la réorganisation

Aux États-Unis, le tribunal peut, à la requête d'un tiers, ordonner la liquidation d'une entreprise faisant l'objet d'une action en vertu du chapitre 11, s'il est prouvé que les pertes continuent à être excessives, qu'il n'y a aucune chance de réaliser la réorganisation, que le projet de réorganisation n'a pas été mis en oeuvre dans un délai raisonnable, que le tribunal a refusé d'accepter le projet ou que le débiteur n'a pas respecté le projet. Au Canada, il peut y avoir annulation de la proposition si les créanciers refusent de l'accepter à l'assemblée générale, si la proposition n'est pas conforme aux exigences de la loi ou si un tiers en demande l'annulation pour le motif qu'une injustice résulterait du maintien de la proposition.

Les créanciers ont beaucoup plus de latitude pour rejeter ou mettre fin à une proposition au Canada qu'aux États-Unis où, lors d'une réorganisation en vertu du chapitre 11, les créanciers sont soumis, pendant des mois, à une longue période d'attente durant laquelle ils n'ont aucun moyen de connaître le projet de réorganisation ni même de savoir si un projet sera effectivement mis au point et soumis à leur approbation.

Ceci ne fait qu'accentuer la réticence et la méfiance des créanciers américains à l'égard de la procédure en vigueur dans leur pays.

o) Restrictions à la possession du débiteur

Aux États-Unis, lors d'une réorganisation, les créanciers peuvent demander au tribunal de nommer un syndic pour contrôler la gestion d'un débiteur en possession de ses biens; cependant, le

tribunal n'impose un syndic que dans les cas où il est prouvé que le débiteur a agi de façon frauduleuse ou que la direction de l'entreprise a commis une faute lourde.

Dans certaines circonstances, le tribunal peut nommer un enquêteur qui doit examiner le projet du débiteur ainsi que toute autre question selon les indications du tribunal. Il doit notamment enquêter sur la gestion du débiteur pour s'assurer que ce dernier n'a commis aucun acte frauduleux ou faute lourde qui justifierait l'attribution de la possession au syndic. Une telle découverte mettrait fin aux fonctions de l'enquêteur, étant donné qu'il ne peut être autorisé à agir à titre de syndic dans le même dossier.

Le rôle de l'enquêteur est sensiblement le même que celui du syndic canadien en matière de proposition concordataire; cependant, au Canada, si les créanciers rejettent la proposition et mettent le débiteur en faillite, ils acceptent normalement que le syndic à la proposition devienne le syndic à la faillite afin d'assurer la continuité de la gestion de l'actif.

p) Projet de réorganisation

Aux États-Unis, le débiteur bénéficie d'une suspension de la procédure pendant 120 jours, période au cours de laquelle il peut continuer l'exploitation de l'entreprise et mettre au point un projet de réorganisation. Le tribunal peut prolonger ce délai afin de permettre au débiteur de déposer son projet, ce qui se produit fréquemment. Une fois expiré le délai dont dispose le débiteur pour déposer son projet, toute partie intéressée, qu'il s'agisse d'un créancier ou d'un acquéreur éventuel, peut déposer un projet aux lieux et place du débiteur.

Au Canada, seul le débiteur peut faire une proposition concordataire. La proposition peut être introductive d'instance ou encore faite par un failli, après approbation des inspecteurs, afin de substituer une proposition à une procédure de mise en faillite. Les créanciers se prononcent sur la proposition lors de leur première assemblée, normalement tenue dans les 30 jours du dépôt de la proposition. Si les créanciers sont d'avis que la proposition ne leur serait pas plus avantageuse que la faillite, ils peuvent la rejeter et mettre le débiteur en faillite immédiatement. Ceci se distingue nettement de la situation qui est faite aux créanciers américains, lesquels doivent attendre des mois avant même de savoir si un projet de réorganisation sera déposé. Il s'agit encore une fois d'un autre facteur qui contribue à accroître tant leur méfiance à l'égard du régime en vigueur chez eux que leur impression générale que le chapitre 11 permet à un débiteur de frustrer et de retarder ses créanciers. Il arrive souvent qu'une action engagée en vertu du chapitre 11 soit remplacée par une action en vertu du chapitre 7 à compter du moment où la marge d'autofinancement se trouve complètement

absorbée par la continuation de l'exploitation et que, dans les autres cas, les créanciers, découragés après des mois d'attente, soient prêts à accepter toute offre que peut leur faire le débiteur.

La proposition concordataire et le projet de réorganisation sont comparables et doivent tous les deux être approuvés dans une résolution décidée par un pourcentage prescrit, en valeur, et une majorité numérique des créanciers de chaque catégorie.

Conclusions

Nous avons déjà souligné que les créanciers américains se méfient des actions engagées en vertu du chapitre 11 et qu'ils ont l'impression que la législation favorise indûment le débiteur. Nous avons également insisté sur le fait que les créanciers garantis prennent moins de risques commerciaux que leurs homologues canadiens parce qu'ils doivent participer aux frais de la gestion de l'actif en cas d'insolvabilité et qu'ils sont soumis à un délai avant de pouvoir réaliser leur garantie.

Nous croyons que ces deux tendances, qui sont directement attribuables aux différences qui existent entre les législations respectives des deux pays, expliquent en grande partie la différence entre le nombre relatif des cas d'insolvabilité qui existe dans les deux pays.

Du fait que les créanciers américains craignent les mesures judiciaires en matière d'insolvabilité, ils accordent moins de crédit à leurs clients. Les directeurs des services de crédit américains prennent moins de risques commerciaux que leurs homologues canadiens et exigent plus souvent de leurs clients qu'ils leur fassent parvenir un chèque avec leur commande ou qu'ils effectuent leur paiement à la livraison. Le table 1, qui se trouve à la fin de l'étude, permet de comparer la période de recouvrement des comptes d'un certain nombre de secteurs industriels particuliers au Canada et aux États-Unis. Dans tous les cas sauf deux, les Américains recouvrent leurs comptes beaucoup plus rapidement que les Canadiens. Dans certains secteurs, l'écart est frappant; à titre d'exemple, le délai moyen de recouvrement des comptes des fournisseurs de matériel agricole est de 44 jours au Canada alors qu'il n'est que de 18 jours aux États-Unis. Le délai de recouvrement est fonction du crédit accordé aux agriculteurs par les fabricants de machines agricoles. Les statistiques confirment notre observation que les Américains accordent moins de crédit à leurs clients et recouvrent leurs comptes plus rapidement.

Les deux régimes diffèrent également grandement en ce qui concerne les droits des créanciers garantis. Aux États-Unis, les créanciers garantis sont soumis à de longs délais avant de pouvoir réaliser leur garantie, doivent supporter des frais supplémentaires en raison des mesures judiciaires engagées par leur débiteur et ne peuvent recouvrer le plein montant de leur créance du fait qu'ils doivent

participer aux frais de gestion de l'actif du failli. La réaction des créanciers ne fait pas de doute. Les banques américaines assument moins de risques, lorsqu'elles prêtent de l'argent. Une petite entreprise américaine a plus de problèmes à se financer qu'une entreprise canadienne comparable. Comme deuxième conséquence importante, les banques américaines font payer les pertes qu'elles subissent dans les cas de faillite par l'ensemble de leur clientèle en haussant leur taux d'intérêt. Voilà qui explique en partie pourquoi les taux d'intérêt sont plus élevés aux États-Unis. Bien que les taux préférentiels canadiens et américains soient presque les mêmes, du fait du taux de couverture minimum exigé des institutions américaines, le taux de l'intérêt réel des prêts commerciaux excèdent de 4 ou 5 % le taux préférentiel alors que la différence n'est que de 1 ou 2 % au Canada.

D'après les avocats de faillite américains, vu qu'aux États-Unis, les banques ont parfois du mal à réaliser l'actif commercial du fait des dispositions du Code de faillite, elles évaluent souvent un risque commercial d'après le nantissement d'un garant qui est habituellement le chef d'entreprise ou un parent. En cas de faillite d'une entreprise, les banques réalisent immédiatement la garantie qu'elles détiennent auprès du garant au lieu de réaliser l'actif commercial garantissant théoriquement l'emprunt. Il n'est pas rare qu'aux États-Unis, ce soit le chef d'entreprise lui-même qui fasse faillite en perdant sa maison, sa résidence secondaire et ses placements personnels avant que son entreprise insolvable fasse même l'objet de poursuites officielles. C'est une situation tout à fait différente de celle du Canada où il est très courant qu'une banque réalise d'abord l'actif commercial. La garantie personnelle est souvent utilisée avant tout comme "levier" pour assurer la coopération du garant et, dans de nombreux cas, lorsque le garant est un débiteur honnête mais malchanceux, le créancier garanti libère toujours le garant en acceptant un montant nominal de la dette garantie. Nous avons remarqué un durcissement important de la part des banques à charte canadienne pendant la période de difficultés économiques accrues et les garanties font maintenant l'objet de poursuites beaucoup plus fermes. Bien que la petite entreprise disparaisse inévitablement, aux États-Unis, sa faillite n'est pas signalée dans les statistiques des faillites commerciales, tandis que la faillite personnelle du chef d'entreprise est seulement enregistrée comme une simple faillite de particulier.

Qu'advient-il de l'entreprise elle-même? Puisqu'elle se voit imposer des conditions de crédit plus strictes par ses fournisseurs, l'entreprise défailtante est contrainte de puiser dans ses rares liquidités pour faire un dépôt auprès de ses fournisseurs au moment de la commande ou pour payer les marchandises à leur livraison. Tandis que l'on vend son actif commercial, l'entreprise continue à utiliser ses ressources de liquidités pour faire des achats au comptant et payer les frais généraux pour soutenir son exploitation qui périlite toujours jusqu'à l'épuisement de tout son actif. A ce moment-là,

l'entreprise disparaît de façon discrète au moment où l'actif restant ne suffit plus à soutenir une gestion insolvable et, par conséquent, aucune faillite n'est signalée dans les statistiques officielles.

Les statistiques commerciales indiquent-elles que les entreprises américaines reçoivent moins de crédit que leurs homologues canadiennes? Nous nous reportons de nouveau au tableau 1 ci-dessous et remarquons que, dans l'ensemble, les entreprises américaines de chaque catégorie étudiée ont un plus faible ratio actif corporel/valeur nette. Cette situation est sans doute en partie due à la moindre quantité de crédit commercial parce que, de ce fait, chaque entreprise doit financer une plus grande partie de l'acquisition de son actif par de l'avoir ou d'autres formes de capitaux versés par ses propriétaires. Pour continuer son exploitation et son expansion, le chef d'entreprise américain doit maintenir un équilibre entre sa dette et son avoir tout en ayant proportionnellement un avoir supérieur à son homologue au Canada. Le Canadien a des possibilités d'endettement beaucoup plus grandes, ce qui lui donne un rapport actif corporel/valeur nette plus élevé.

Quel est l'effet de ce facteur d'endettement plus élevé sur le nombre relatif des faillites au Canada par rapport à la situation américaine? L'entreprise canadienne qui a en proportion un avoir moindre est moins bien armée pour absorber les chocs économiques. En période de récession, l'entreprise canadienne est beaucoup plus vulnérable sur le plan financier que son homologue américaine. L'entreprise canadienne qui est largement plus endettée est beaucoup plus touchée par les hausses des taux d'intérêts. Le coût croissant de sa dette diminue son avoir beaucoup plus que pour une entreprise américaine. Par conséquent, il est beaucoup plus fréquent que des entreprises canadiennes se soient placées dans une situation de faillite potentielle. Du fait de leur situation financière précaire et d'un fort endettement, les chefs d'entreprise consacrent beaucoup plus de temps à l'obtention des facilités de paiement auprès de leur créancier en vue de "refinancer" leur dettes, qu'à l'administration proprement dite de leur entreprise.

Du fait de tous ces facteurs, nous considérons que la différence existant entre le régime de l'insolvabilité aux États-Unis et au Canada constituent un facteur important qui a contribué au nombre relatif de mise en faillite dans chaque pays. Le milieu des affaires américain a été sensibilisé au défaut du droit de la faillite et à son préjugé favorable au débiteur et, par conséquent, les hommes d'affaires ont essayé de corriger ces facteurs en réduisant le risque dans chaque situation particulière. Ils ont ainsi développé leurs affaires dans d'autres domaines afin de compenser un risque supplémentaire. Sur la longue période, il s'ensuit que les taux d'avoir sont plus élevés dans les entreprises américaines et que les États-Unis possèdent des petites entreprises beaucoup plus saines et beaucoup plus capables de résister aux difficultés économiques et aux fluctuations des taux d'intérêts.

Dans une brochure annexe, nous avons fait des commentaires supplémentaires sur certains aspects de la législation qui permettrait d'augmenter l'avoir dans les petites entreprises canadiennes afin d'améliorer ainsi l'efficacité de leur gestion.

D.L. Murray
J.A. Cringan

le 19 mai 1982

TABLEAU 1

COMPARAISON DU CRÉDIT AUX CLIENTS ET DU RATIO DETTE/AVOIR NET CORPOREL
POUR DES SECTEURS INDUSTRIELS PARTICULIERS AU CANADA ET AUX ÉTATS-UNIS

<u>Industrie</u>	<u>Nombre</u>		<u>Crédit aux clients (jours)</u>		<u>Rapport dette totale/avoir net corporel</u>	
	<u>Canada</u>	<u>É.-U.</u>	<u>Canada</u>	<u>É.-U.</u>	<u>Canada</u>	<u>É.-U.</u>
	(1)		(2)		(2)	
<u>Commerce de gros</u>						
Produits pharmaceutiques	469	372	39	30	182.2	98.9
Pièces automobiles	1,782	3,261	40	29	193.7	75.0
Machines industrielles	6,220	2,632	58	40	224.6	106.8
Machines agricoles	1,721	3,214	44	18	223.3	167.4
Bois	4,184	1,258	46	36	193.9	120.1
<u>Manufactures</u>						
Ameublement ménager	1,204	331	61	38	183.8	63.9
Imprimerie commerciale	2,380	1,347	65	38	140.2	68.1
Pièce automobiles	264	289	13	43	99.1	80.5
Distillerie	29	16	49	38	158.4	94.1
Bijouterie et argenterie	331	279	56	44	186.5	71.2
<u>Services</u>						
Ingénierie	4,870	2,150	88	61	797.3	57.1
<u>Transport et services publics</u>						
Transport aérien	925	93	36	37	264.2	154.6
Énergie électrique	461	N/A	54	31	376.5	162.3
Transport routier	6,974	1,549	46	26	231.9	102.5

Source: 1979 Dun & Bradstreet Key Business Ratio

Définitions

Délai de recouvrement

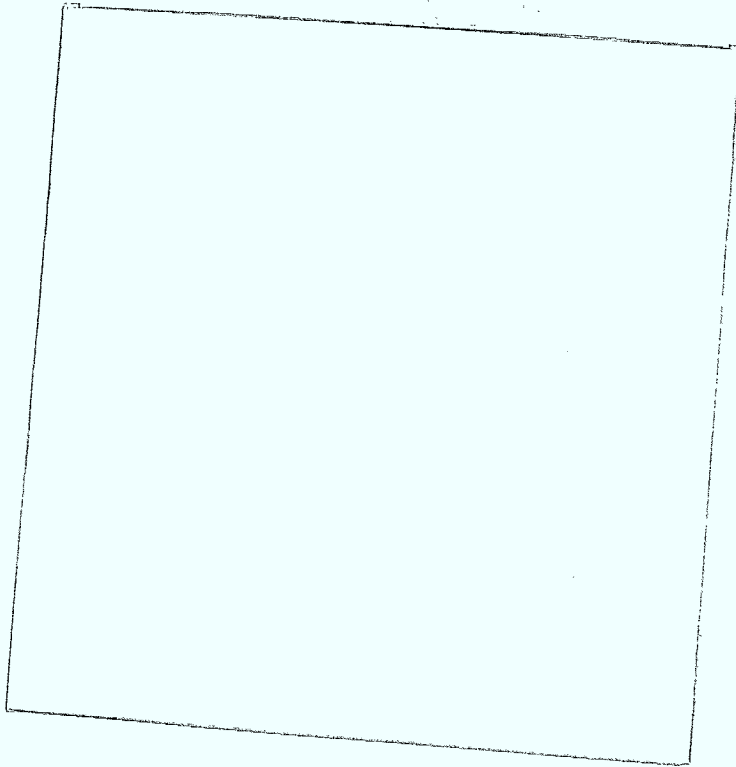
Les ventes nettes annuelles sont divisées par 365 jours pour obtenir les ventes à crédit moyennes par jour; puis les ventes à crédit moyennes par jour sont divisées en comptes et billets à recevoir, y compris tout effet escompté.

Rapport dette totale/avoir net corporel

Il est obtenu en divisant les exigibilités plus la dette à long terme par l'avoir net corporel.

Renvoi

- (1) Les catégories industrielles canadiennes sont beaucoup plus vastes et plus généralisées que les catégories américaines. Les auteurs ont choisi les catégories américaines car ils considèrent qu'elles sont plus comparables à la majorité des entreprises figurant dans la catégorie canadienne correspondante.
- (2) Les statistiques canadiennes correspondent à la médiane pour toutes les entreprises comprises and la catégorie industrielle. Les statistiques américaines correspondent à la médiane pour chacune des catégories industrielles.



INDUSTRY CANADA / INDUSTRIE CANADA



48030

Canada