

## La réglementation des mises sous séquestre

Roderick J. Wood\*

### A) Introduction

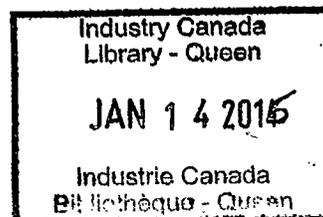
Bien que l'on se soit longuement attardé à la question de la réforme du droit de la faillite et à la réorganisation du droit au Canada, la place du droit des mises sous séquestre dans le régime global d'insolvabilité ou dans la réforme des règles de fond qui régissent les mises sous séquestre a fait l'objet de beaucoup moins de spéculations<sup>1</sup>. Il est malheureux qu'il en soit ainsi. Le droit des mises sous séquestre est à maints égards le régime d'insolvabilité le moins développé et le moins satisfaisant au Canada. Les règles et principes qui régissent les mises sous séquestre se trouvent çà et là dans diverses sources différentes. Un grand nombre de règles ont leur origine dans la common law et dans l'*equity*, mais ces règles diffèrent souvent selon qu'un séquestre privé ou un séquestre judiciaire est nommé. Plusieurs lois fédérales et provinciales réglementent les séquestres, mais ces lois ne visent pas à codifier le droit et il y a énormément de chevauchement et de double emploi, d'où une complexité accrue dans ce domaine.

Dans le présent document nous discuterons des objectifs du droit des mises sous séquestre et nous évaluerons les règles et principes existants qui réglementent la conduite des mises sous séquestre à l'heure actuelle. Ce faisant, il vaudra la peine d'examiner la réglementation des mises sous séquestre dans d'autres pays puisque des approches tout à fait différentes ont été adoptées. Le recours aux mises sous séquestre en Angleterre a été limité à un point tel qu'il a effectivement cessé d'exister comme solution possible dans la plupart des cas. Toutefois, d'autres pays du Commonwealth, tels que l'Australie et la Nouvelle-Zélande, ont conservé les mises sous séquestre comme régime d'insolvabilité possible, mais ont édicté des lois qui réglementent leur application. Il est utile de se pencher sur ces diverses approches à la réglementation des mises sous séquestre, et ce, pour au moins deux raisons. En premier lieu, une telle étude permettra de définir les éléments du droit des mises sous séquestre qui semblent poser suffisamment de problèmes pour exiger d'être réglementés. En second lieu, l'étude permettra de découvrir une gamme de solutions à ces problèmes. Il sera alors possible d'évaluer l'approche canadienne à la réglementation des mises sous séquestre par rapport aux approches qui ont été adoptées à l'étranger afin de déterminer si les buts et objectifs sous-jacents de la réglementation des mises sous séquestre sont similaires et, dans l'affirmative, d'établir si l'approche canadienne à la réglementation constitue le meilleur moyen d'atteindre ces buts et objectifs.

---

\* Professeur, faculté de droit, Université de l'Alberta. L'auteur tient à exprimer sa reconnaissance à l'égard de l'appui financier fourni par l'Initiative de projets de recherche en insolvabilité du Bureau du surintendant des faillites.

<sup>1</sup> Il y a deux exceptions notoires: J. Ziegel, "The Privately Appointed Receiver and the Enforcement of Security Interests: Anomaly or Superior Solution?" dans *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, J. Ziegel ed. (Oxford, Clarendon, 1994) 450 et T. Buckwold, "The Treatment of Receivers in the Personal Property Security Acts: Conceptual and Practical Implications" (1997), 29 C.B.L.J. 277.



La législation commerciale et la législation en matière d'insolvabilité aux États-Unis ont souvent eu une grande influence sur la législation canadienne. Toutefois, il n'en va pas de même pour le droit des mises sous séquestre. La mise sous séquestre dans un contexte commercial ne s'est jamais établie aux États-Unis, et c'est la raison pour laquelle le droit de ce pays n'est pas ici examiné en détail<sup>2</sup>.

Nous ferons au départ, dans la partie B, l'historique du droit des mises sous séquestre au Canada. Dans les parties C, D, E et F, nous analyserons respectivement la nature et l'application des règles régissant les mises sous séquestre qui ont été adoptées au Canada, en Australie, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni. Ce faisant, nous utiliserons la taxonomie suivante en vue d'organiser l'analyse des dispositions légales : (1) les qualités requises des séquestres; (2) les pouvoirs des séquestres; (3) les obligations des séquestres; (4) les responsabilités des séquestres; (5) la surveillance judiciaire des mises sous séquestre; (6) la communication de renseignements; (7) l'interdépendance entre les régimes d'insolvabilité. Au Royaume-Uni, l'approche législative aux mises sous séquestre a été élaborée en deux étapes : la réglementation des mises sous séquestre en premier lieu, et l'abolition du régime de mise sous séquestre et son remplacement par un autre régime d'insolvabilité en second lieu. C'est pourquoi l'analyse de l'approche britannique englobera également un examen de cette seconde étape de la réforme du droit des mises sous séquestre. Dans la partie G, nous ferons un tour d'horizon de la littérature théorique et économique pertinente concernant l'octroi d'un droit de contrôle sur les procédures d'exécution dont un débiteur insolvable fait l'objet. Ce tour d'horizon fournira un fondement rationnel permettant d'évaluer les diverses approches à la réglementation des mises sous séquestre. Dans la partie H, nous examinerons les données empiriques disponibles au Canada afin de déterminer si elles sont suffisantes pour servir de source à des travaux empiriques futurs portant sur l'évaluation du fonctionnement des mises sous séquestre au Canada. Dans la partie I, un cadre d'évaluation de l'efficacité de l'approche canadienne à la réglementation des mises sous séquestre sera établi. La partie J renferme nos principales conclusions.

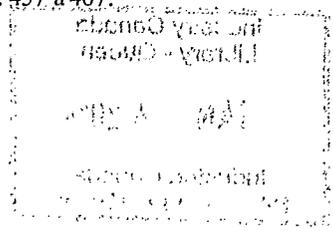
## B) L'historique du droit des mises sous séquestre au Canada

Le droit des mises sous séquestre de divers pays est tiré de la common law anglaise et des principes d'*equity*, mais le droit canadien des mises sous séquestre comporte un certain nombre d'aspects distinctifs qui n'existent pas ailleurs. Ces aspects résultent de l'évolution historique du droit des mises sous séquestre au Canada. Les principales étapes de développement de cet ensemble de règles de droit sont résumées ci-dessous<sup>3</sup>.

### 1) Les séquestres judiciaires et les séquestres privés

<sup>2</sup> Voir F. Buckley, "The American Stay" (1994), 3 So. Cal. Interdisciplinary L.J. 733, pour une analyse des raisons possibles pour lesquelles la mise sous séquestre privée n'a jamais pris de l'essor aux États-Unis.

<sup>3</sup> Pour un historique plus complet, voir R. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law*, (Toronto: Irwin Law, 2009) pp. 457 à 467.



Les mises sous séquestre remontent au seizième siècle. Elles ont été conçues par les tribunaux d'*equity* et comportaient la nomination d'un séquestre judiciaire. Jusqu'au dix-neuvième siècle, elles offraient le seul type de mise sous séquestre dont les créanciers pouvaient se prévaloir. La mise sous séquestre privée a vu le jour lorsque les créanciers hypothécaires ont cherché à créer un mécanisme les protégeant contre la responsabilité imposée aux créanciers hypothécaires qui prenaient possession d'un bien-fonds, tout en leur fournissant une solution de rechange moins coûteuse et plus accessible qu'une nomination judiciaire<sup>4</sup>. La solution consistait à inclure dans l'hypothèque une clause conférant au créancier hypothécaire le pouvoir de nommer un séquestre privé chargé de recouvrer les loyers et de les lui remettre. Le créancier hypothécaire procédait à la nomination, mais le séquestre était considéré comme le mandataire du débiteur. Cette entente contractuelle comportait un aspect inhabituel en ce sens que le débiteur n'était pas autorisé à donner des instructions au séquestre ou à le renvoyer. La nomination privée est devenue la forme la plus courante de mise sous séquestre utilisée par les créanciers garantis. Elle était moins coûteuse parce qu'elle exigeait moins de surveillance de la part du tribunal, et les obligations et fonctions du séquestre privé étaient moins lourdes que celles qui étaient imposées au séquestre judiciaire<sup>5</sup>. Par conséquent, le droit applicable aux séquestres judiciaires était différent du droit qui régissait les séquestres privés. Dans un cas, c'étaient les principes d'*equity* qui s'appliquaient, alors que dans l'autre, les principes de common law régissant les contrats et les mandats s'appliquaient.

Le recours aux mises sous séquestre au Canada diffère, sous un aspect important, de la pratique existant dans d'autres pays du Commonwealth. Au Canada, on fait appel aux séquestres judiciaires plus souvent qu'ailleurs<sup>6</sup>. Au cours des années 1970 et jusque dans les années 1990<sup>7</sup>, on faisait rarement appel aux séquestres judiciaires au Canada à cause de leur coût plus élevé, mais on y avait parfois recours si un litige était prévu<sup>8</sup>. On a de plus en plus fait appel aux séquestres judiciaires parce que l'on croyait qu'un séquestre judiciaire pouvait être protégé contre la responsabilité environnementale et contre la responsabilité de l'employeur successeur au moyen d'une ordonnance judiciaire<sup>9</sup>. Or, cette idée s'est avérée erronée, et la crainte qu'éprouvaient les professionnels de

---

<sup>4</sup> L'évolution historique en ce qui concerne le séquestre privé est exposée dans *Gaskell v. Gosling*, [1896] 1 Q.B. 669, pp. 691 et 692, L.J. Rigby.

<sup>5</sup> Voir Ziegel, *supra*, note 1, p. 453.

<sup>6</sup> Voir P. Blanchard & M. Gedye, *Private Receivers of Companies in New Zealand* (Wellington: LexisNexis, 2008), p. 33 (le pouvoir de nomination, en ce qui concerne les séquestres judiciaires, est rarement exercé en Nouvelle-Zélande); M. Murray, *Keay's Insolvency: Personal and Corporate Law and Practice*, 6<sup>e</sup> éd. (Sydney: Thomson Lawbook Co., 2008), p. 445 (en Australie, les nominations judiciaires sont beaucoup moins courantes que les nominations privées).

<sup>7</sup> F. Bennett, *Bennett on Receiverships*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Carswell, 1999), à v, signale que les statistiques compilées par le Bureau du surintendant des faillites indiquent qu'en 1998, il y avait 57 séquestres judiciaires et 1 152 séquestres privés et que, de 1993 à 1998, les mises sous séquestre judiciaires représentaient moins de 5% du nombre total de mises sous séquestre.

<sup>8</sup> Ziegel, *supra*, note 1, p. 453, note 7.

<sup>9</sup> Voir R. Davis, "The Way Forward: Policy Implications of the Supreme Court Decision in *TCT Logistics*" (2007), 44 C.B.L.J. 357.

l'insolvabilité d'engager leur responsabilité a entraîné une augmentation du nombre de réorganisations, qui étaient essentiellement une forme déguisée de mise sous séquestre<sup>10</sup>.

## 2) La réglementation provinciale et la réglementation fédérale des mises sous séquestre

Des lois fédérales et des lois provinciales ont été édictées en vue de réglementer un certain nombre d'aspects du droit des mises sous séquestre. Le recours accru aux mises sous séquestre au cours des années 1970 et 1980 a suscité un certain nombre de préoccupations. Les autres créanciers n'avaient pas le droit d'être renseignés sur les affaires du débiteur, et l'on pensait que les intérêts légitimes de toutes les autres personnes concernées risquaient d'être sacrifiés<sup>11</sup>. Malheureusement, la réaction législative manquait de coordination. Les dispositions législatives réglementant les mises sous séquestre ont été édictées dans les lois fédérales et dans les lois provinciales applicables aux sociétés par actions, dans les lois provinciales concernant les sûretés mobilières et dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (la LFI)<sup>12</sup>, d'où une grande complexité, à cause de la nature répétitive et fragmentée des dispositions de réglementation.

## 3) Les séquestres intérimaires et les modèles d'ordonnances de mise sous séquestre

En 1992, des dispositions ont été édictées dans la LFI en vue de permettre aux créanciers garantis de demander au tribunal de nommer un séquestre intérimaire<sup>13</sup>, et ce, en vue à compenser le risque accru auquel les créanciers garantis étaient exposés par suite de l'imposition du préavis de dix jours qui devait être donné au débiteur en vertu de la loi pour qu'une sûreté puisse être exécutée sur presque tous les actifs du débiteur<sup>14</sup>. Le créancier garanti ne pouvait pas nommer immédiatement un séquestre ou exécuter sa garantie, mais la possibilité de nommer un séquestre intérimaire fournissait un mécanisme permettant d'empêcher la dissipation des actifs au cours de cette période.

Les tribunaux ont commencé à utiliser les dispositions qui s'appliquaient au séquestre intérimaire à des fins beaucoup plus générales. Les séquestres intérimaires étaient nommés afin d'exploiter l'entreprise et de vendre les actifs<sup>15</sup>. L'avantage qu'offrait le recours à un séquestre intérimaire était que la nomination par le tribunal était de portée nationale et qu'elle était donc reconnue partout au Canada. Cette pratique comportait un

<sup>10</sup> Voir P. Macdonald & B. Harrison, "Receivership Orders – Where Do We Go From Here?" (2004), 21 Nat. Insol. Rev. 65, p. 73.

<sup>11</sup> *Supra*, note 3, pp. 459 et 460.

<sup>12</sup> L.R.C. 1985, ch. B-3 (la LFI).

<sup>13</sup> LFI, par. 47(1).

<sup>14</sup> LFI, art. 244.

<sup>15</sup> *Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development) v. Curragh Inc.* (1994), 27 C.B.R. (3d) 148 (Div. gén. Ont.)

inconvenient sérieux : les dispositions fédérales visant à réglementer les séquestres ne s'appliquaient pas au séquestre intérimaire<sup>16</sup>.

Il est également devenu pratique courante que les ordonnances désignant un séquestre intérimaire tentent de protéger celui-ci contre toute responsabilité, et ce, grâce à deux mécanismes. En premier lieu, l'ordonnance judiciaire par laquelle le séquestre était nommé renfermait souvent une disposition de non-responsabilité. En second lieu, les tribunaux utilisaient le pouvoir qui leur était conféré de suspendre les procédures engagées contre un séquestre afin d'empêcher l'introduction de telles actions. Ces mécanismes ont été soumis à l'examen des tribunaux, et dans les deux cas, ils ont été jugés inefficaces<sup>17</sup>.

À cause de l'incertitude qui règne au sujet du bien-fondé des diverses dispositions figurant dans les projets d'ordonnances judiciaires, plusieurs ressorts ont formé des comités commerciaux chargés de mieux définir la portée légitime que les ordonnances de mise sous séquestre devraient avoir. La chose a donné lieu à la rédaction de modèles d'ordonnances de mise sous séquestre. Ces ordonnances prévoyaient la nomination concomitante de séquestres en vertu des dispositions de la LFI applicables aux séquestres intérimaires ainsi qu'en vertu de la législation provinciale, et ce, en vue de permettre l'application des dispositions réglementaires de la LFI et des lois provinciales<sup>18</sup>.

#### 4) Le nouveau séquestre national

Les modifications de 2009 apportées à la LFI visaient à assurer que la nomination d'un séquestre intérimaire puisse désormais être utilisée uniquement comme mesure temporaire<sup>19</sup>. Toutefois, les tribunaux sont maintenant autorisés à nommer un séquestre national qui sera reconnu partout au Canada<sup>20</sup>, ce qui mettra probablement fin aux nominations concomitantes étant donné que ce mécanisme visait principalement à assurer que les séquestres intérimaires ne soient pas à l'abri des dispositions légales réglementant les mises sous séquestre ordinaires. La demande doit être présentée devant un tribunal ayant compétence dans le district judiciaire de la localité du débiteur<sup>21</sup>. De nouvelles

---

<sup>16</sup> *Bruce Agra Foods Inc. v. Proposal of Everfresh Beverages Inc.* (1996), 45 C.B.R. (3d) 169 (Div. gén. Ont.); *Harris Trust & Savings Bank v. Anicom Multimedia Wiring Systems Inc.* (2001), 24 C.B.R. (4th) 203 (C.S.J. Ont.).

<sup>17</sup> *Re Big Sky Living Inc.* (2002), 37 C.B.R. (4th) 42 (B.R. Alb.) (le tribunal n'a pas compétence pour dégager le séquestre de toute responsabilité); *Société de crédit commercial GMAC – Canada c. TCT Logistics Inc.*, [2006] 2 S.C.R. 123 (la suspension des procédures dans les actions intentées contre les séquestres vise uniquement à protéger ceux-ci contre les actions frivoles et vexatoires).

<sup>18</sup> Les dispositions réglementaires de la LFI ne s'appliquaient pas aux séquestres intérimaires, mais elles s'appliquaient aux nominations provinciales. Une nomination concomitante permettait donc d'invoquer les dispositions fédérales.

<sup>19</sup> LFI, par. 47(1). Les modifications sont entrées en vigueur le 18 septembre 2009. La nomination ne peut pas avoir effet plus de trente jours après que l'ordonnance a été rendue, à moins que le tribunal ne précise une période plus longue, et elle prend fin si un séquestre judiciaire, un séquestre privé ou un syndic de faillite prend possession des biens du débiteur.

<sup>20</sup> LFI, par. 243(1).

<sup>21</sup> LFI, par. 243(5).

exigences, en ce qui concerne les qualités requises, ont également été imposées aux séquestres nommés en vertu de la LFI ainsi qu'aux séquestres nommés conformément à une loi ou à une compétence provinciale.

#### 5) La non-responsabilité prévue par la loi

Parmi les modifications apportées à la LFI en 2009 figurait une disposition qui indique clairement que les professionnels de l'insolvabilité n'assument aucune responsabilité, en vertu des dispositions applicables à l'employeur successeur, à l'égard des obligations antérieures à la mise sous séquestre<sup>22</sup>. Il sera intéressant de voir si cette modification aura pour effet de renverser la tendance, qui a vu une augmentation marquée du recours aux séquestres judiciaires au Canada<sup>23</sup>. Si le recours aux séquestres judiciaires était principalement fondé sur la crainte d'engager la responsabilité des professionnels de l'insolvabilité, en vertu des dispositions applicables aux employeurs successeurs, à l'égard des obligations antérieures à la mise sous séquestre, il pourrait bien y avoir une diminution du nombre de nominations judiciaires et une augmentation corrélative du nombre de séquestres privés.

### C) La réglementation des mises sous séquestre au Canada

#### 1) Les qualités requises des séquestres

À l'origine, la loi n'exigeait aucune qualité particulière des séquestres. La situation a changé lorsque des modifications ont été apportées à la LFI en 2009. Selon la loi, seul un syndic autorisé peut être nommé séquestre<sup>24</sup>, de sorte que les règles qui régissent la délivrance de licences aux syndics de faillite et les qualités requises des syndics de faillite s'appliqueront aux personnes qui agissent comme séquestres. Sauf ordonnance contraire du tribunal, il est interdit au séquestre d'agir s'il est ou, au cours des deux années précédentes, a été administrateur ou dirigeant du débiteur, employeur ou employé du débiteur ou d'un administrateur ou dirigeant de celui-ci, ou lié au débiteur ou à l'un de ses administrateurs ou dirigeants; s'il est ou, au cours des deux années précédentes, a été vérificateur, comptable ou conseiller juridique du débiteur ou leur employé ou associé; ou s'il est fiduciaire aux termes d'un acte de fiducie émanant du débiteur ou d'une personne liée.<sup>25</sup>

Le syndic de faillite n'est pas autorisé à agir comme séquestre des biens du débiteur à moins d'avoir obtenu d'un conseiller juridique indépendant un avis écrit selon lequel la garantie est valide et exécutoire contre l'actif<sup>26</sup>. Le syndic-séquestre qui agit en sa double

---

<sup>22</sup> LFI, par. 14.06(1.2).

<sup>23</sup> Voir P. Farkas, "Why Are There So Many Court-Appointed Receiverships?" (2003), 20 Nat. Insol. Rev. 37.

<sup>24</sup> LFI, par. 243(4).

<sup>25</sup> LFI, art. 13.3.

<sup>26</sup> LFI, par. 13.4(1).

qualité doit aviser le surintendant et les créanciers ou inspecteurs qu'il agit pour le compte du créancier garanti, ainsi que de la rémunération qu'il reçoit du créancier garanti et de l'avis juridique<sup>27</sup>.

## 2) Les pouvoirs des séquestres

En common law, les pouvoirs du séquestre privé découlent du contrat de garantie aux termes duquel celui-ci est nommé. De plus, la disposition relative au mandat présumé qui figure habituellement dans le contrat de garantie prévoit qu'un séquestre agit à titre de mandataire de la société, de sorte que le séquestre privé est autorisé à continuer l'exploitation de l'entreprise à titre de mandataire du débiteur<sup>28</sup>. Les pouvoirs d'un séquestre judiciaire découlent des dispositions de l'ordonnance judiciaire par laquelle celui-ci est nommé, et le séquestre risque de perdre le droit au paiement de ses honoraires et dépenses s'il excède ses pouvoirs<sup>29</sup>.

Le législateur n'a pas cherché à énumérer ou à codifier les pouvoirs des séquestres dans les lois fédérales et provinciales, ou à conférer à ceux-ci des pouvoirs supplémentaires. Toutefois, les dispositions législatives peuvent avoir pour effet de modifier la position qui est habituellement adoptée quant à la source de ces pouvoirs dans le cas d'un séquestre privé. Premièrement, les lois fédérales et provinciales sur les sociétés par actions prévoient qu'un séquestre privé peut « exploiter l'entreprise de la société afin de protéger les sûretés de ceux pour le compte desquels il est nommé »<sup>30</sup>, de sorte qu'il ne semble plus être nécessaire de se fonder sur une disposition concernant un mandat présumé comme source du pouvoir que possède le séquestre privé de continuer l'exploitation de l'entreprise<sup>31</sup>. Deuxièmement, la législation provinciale sur les sûretés mobilières confère aux séquestres le pouvoir d'exécuter la garantie. Il n'est donc plus nécessaire de considérer le séquestre comme agissant, dans l'exercice de ces pouvoirs, à titre de mandataire du créancier garanti. Toutefois, étant donné que ces dispositions ne sont pas exhaustives et ne s'appliquent pas à toutes les mises sous séquestre, il faudra encore se fonder sur la common law en tant que source de pouvoir du séquestre privé.

## 3) Les obligations des séquestres

Les obligations qui incombent au séquestre judiciaire sont plus lourdes que celles que la common law impose au séquestre privé. Le séquestre judiciaire n'était pas assujéti au contrôle ou à la direction du créancier garanti, mais il était obligé de tenir compte des intérêts de toutes les personnes concernées<sup>32</sup>. L'obligation imposée au séquestre privé

<sup>27</sup> LFI, par. 13.4(1.1). Une copie de l'avis juridique doit être remise sur demande. Voir LFI, par. 13.4(2).

<sup>28</sup> *Peat Marwick Ltd. v. Consumers' Gas Co.* (1980), 35 C.B.R. (N.S.) 1 (C.A. Ont.).

<sup>29</sup> *Re Ursel Investments Ltd.* (1993), 10 C.B.R. (3d) 61 (C.A. Sask.).

<sup>30</sup> Voir *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 95; *Business Corporations Act*, R.S.A. 2000, ch. B-9, art. 94.

<sup>31</sup> Buckwold, *supra*, note 1, pp. 307 à 310, soutient que les dispositions de la LSM pourraient également être interprétées comme conférant le pouvoir de gestion au séquestre privé.

<sup>32</sup> *Ostrander v. Niagara Helicopters Ltd.* (1973), 19 C.B.R. (N.S.) 5 (H.C.J. Ont.).

était plus restreinte: il était uniquement obligé de tenir compte des intérêts du créancier garanti<sup>33</sup>. Le séquestre privé était également tenu, envers le débiteur et envers les personnes qui possédaient un intérêt d'un rang inférieur sur les actifs, d'agir en toute bonne foi et d'obtenir le meilleur prix raisonnablement possible<sup>34</sup>, mais il n'avait pas à tenir compte des intérêts de ceux-ci en décidant du moment où la vente aurait lieu. Les actifs pouvaient donc être vendus immédiatement, et ce, même s'il était possible que le report de la vente accroisse grandement les chances de recouvrement<sup>35</sup>.

On ne sait pas trop si la loi a modifié cet état de choses. Les lois fédérales et provinciales ont imposé au séquestre l'obligation d'agir en toute bonne foi et conformément aux pratiques commerciales raisonnables<sup>36</sup>. Cette obligation s'applique aux séquestres judiciaires ainsi qu'aux séquestres privés. Certains commentateurs ont soutenu que les séquestres privés doivent maintenant respecter les obligations plus lourdes exigées des séquestres judiciaires<sup>37</sup>. Toutefois les tribunaux canadiens n'ont pas analysé à fond la nature et l'étendue de l'obligation d'agir conformément aux pratiques commerciales raisonnables, et la question de savoir si le séquestre privé doit tenir compte des intérêts d'autres personnes en décidant du moment où la vente aura lieu est loin d'être réglée.

#### 4) Les responsabilités des séquestres

Le séquestre judiciaire engageait sa responsabilité personnelle à l'égard des contrats postérieurs à la mise sous séquestre<sup>38</sup>, alors que le séquestre privé qui concluait des contrats le faisait à titre de mandataire du débiteur et n'engageait donc pas sa responsabilité<sup>39</sup>. Les lois fédérales et provinciales ne semblent pas avoir modifié cet état de choses. Toutefois, la LFI dégage les séquestres, en ce qui concerne les actes antérieurs à la mise sous séquestre, de toute responsabilité qui pourrait par ailleurs leur être imposée en vertu des lois environnementales et des lois concernant les employeurs successeurs. Le séquestre n'est pas tenu personnellement responsable des dommages liés à l'environnement qui sont survenus avant sa nomination et il est uniquement responsable des dommages survenus après sa nomination si ces dommages sont causés par sa négligence grave ou son inconduite délibérée<sup>40</sup>. Le séquestre qui continue l'exploitation d'une entreprise ou qui succède au débiteur comme employeur est déchargé de toute responsabilité personnelle, notamment à titre d'employeur successeur, découlant des

<sup>33</sup> *In re B Johnson & Co. (Builders) Ltd.* [1955] Ch. 634.

<sup>34</sup> *Downsview Nominees Ltd. v. First City Corp. Ltd.*, [1993] A.C. 295.

<sup>35</sup> *Cuckmore Brick Co Ltd. v. Mutual Finance Ltd.* [1971] Ch. 949; *South Sea Bank Ltd. v. Tan Soon Gin*, [1990] 1 A.C. 536.

<sup>36</sup> LFI, art. 247; *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 99; *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, ch. P-7, par. 66(1).

<sup>37</sup> Voir Buckwold, *supra*, note 1, pp. 296 à 299.

<sup>38</sup> *Re Smith & Son* (1929), 10 C.B.R. 393 (C.S. Ont.); *Re Ashk Development Corp.* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 72 (B.R. Alb.).

<sup>39</sup> *Peat Marwick Ltd. v. Consumers' Gas Co.*, *supra*, note 28.

<sup>40</sup> LFI, par. 14.06(2).

réclamations antérieures à sa nomination ou découlant de celle-ci, ou qui sont calculées sur la base d'une période la précédant<sup>41</sup>.

#### 5) La surveillance judiciaire des séquestres

En common law, les tribunaux étaient fort peu en mesure de surveiller la conduite des séquestres privés, par opposition aux séquestres judiciaires dont les pouvoirs étaient conférés par le tribunal et qui étaient assujettis aux directives et à la surveillance du tribunal. Les lois fédérales et provinciales ont modifié la situation. Les lois sur les sûretés mobilières et les lois sur les sociétés par actions confèrent au tribunal le pouvoir de rendre des ordonnances<sup>42</sup> :

- destituant, remplaçant ou libérant le séquestre;
- donnant des directives sur toute question se rapportant aux fonctions du séquestre;
- approuvant les comptes ou fixant la rémunération du séquestre;
- enjoignant au séquestre ou au créancier garanti de réparer leurs manquements en matière de garde des biens ou de gestion de l'entreprise;
- dispensant le séquestre ou le créancier garanti de réparer leurs manquements, selon les modalités que le tribunal estime pertinentes;
- entérinant les actes du séquestre.

Par conséquent, les tribunaux se sont vu attribuer le pouvoir de surveiller la conduite des séquestres privés. De plus, les lois sur les sûretés mobilières prévoient que les tribunaux sont autorisés à rendre des ordonnances à l'égard des séquestres privés ainsi qu'à l'égard des séquestres judiciaires<sup>43</sup>.

Les dispositions de la LFI relatives aux mises sous séquestre ne renferment pas de dispositions similaires. Par conséquent, les pouvoirs de surveillance élargis du tribunal ne sont pas d'application générale puisqu'ils ne s'appliquent que dans la mesure où l'affaire relève de la législation sur les sociétés par actions ou de la législation sur les sûretés mobilières<sup>44</sup>. Les pouvoirs conférés au tribunal en vertu de la LFI sont d'une portée plus restreinte. Le tribunal ne possède pas de pouvoir général de surveillance, mais il peut, à la

<sup>41</sup> LFI, par. 14.06(1.2). Cette disposition a été modifiée par les modifications de 2005/2007, de façon à s'appliquer expressément à la responsabilité de l'employeur successeur.

<sup>42</sup> Voir, par ex., *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 100; *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10, par. 60(2).

<sup>43</sup> Voir, par ex., *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, ch. P-7, al. 65(7)e). La LSM de l'Ontario est moins claire sur ce point. Voir *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10, al. 60(2)d).

<sup>44</sup> Cela peut se produire lorsque le débiteur n'est pas une société ou qu'il n'est pas constitué en personne morale en vertu de la législation sur les sociétés par actions et que la sûreté accordée au créancier garanti ne s'applique qu'à un bien-fonds.

demande du surintendant, de la personne insolvable, du syndic, du séquestre ou d'un créancier, rendre une ordonnance enjoignant au créancier garanti, au séquestre, ou à la personne insolvable de se conformer aux obligations imposées par la LFI<sup>45</sup>.

#### 6) La communication de renseignements

La législation provinciale relative aux sûretés mobilières, la loi fédérale concernant les sociétés par actions et plusieurs lois provinciales sur les sociétés par actions imposent au séquestre certaines obligations pour ce qui est de la comptabilité et de la reddition de comptes<sup>46</sup>. Le séquestre doit, si le débiteur est une société, aviser immédiatement l'agent d'inscription de la société de sa nomination ou de la fin de son mandat et doit tenir une comptabilité détaillée, conformément aux pratiques comptables reconnues, des sommes reçues ou dépensées et des opérations se rattachant aux actifs. Le séquestre doit aussi dresser, au moins une fois tous les six mois à compter de sa nomination, les états financiers concernant son administration et doit, après l'exécution de son mandat, rendre compte de son administration, et si le débiteur est une société, en transmettre une copie à l'agent d'inscription de la société.

La LFI prévoit que le séquestre doit établir une déclaration contenant les renseignements suivants : le nom de tous les créanciers et le montant de leur réclamation, la liste des biens et de leur valeur comptable ainsi que le plan d'action qu'il entend suivre s'il a établi un tel plan<sup>47</sup>. Le séquestre est également tenu d'établir des rapports provisoires au moins tous les six mois et un rapport définitif renfermant un état des recettes et des débours<sup>48</sup>.

#### 7) L'interdépendance entre les régimes d'insolvabilité

La faillite du débiteur met fin à l'application de la disposition concernant le mandat présumé du séquestre privé<sup>49</sup>. Les biens du débiteur sont dévolus au syndic de faillite et le débiteur cesse d'être habile à effectuer des opérations à l'égard de ces biens<sup>50</sup>. Le séquestre ne peut plus être considéré comme agissant à titre de mandataire du débiteur puisque le débiteur ne possède plus le titre afférent aux actifs ou n'est plus habile à effectuer des opérations à leur égard. Le séquestre agit donc en sa qualité personnelle et engage sa responsabilité personnelle à l'égard des contrats conclus avec des tiers après la

---

<sup>45</sup> LFI, art. 248. Les obligations légales qui sont visées par cette disposition sont énoncées aux art. 244 à 247.

<sup>46</sup> Voir, par ex., *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 101; *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, ch. P-7, par. 65(2).

<sup>47</sup> LFI, par. 246(1); *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, DORS/98-240, art. 125.

<sup>48</sup> LFI, par. 246(2) et (3); *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, DORS/98-240, art. 126 et 127. Des exemplaires des rapports doivent être fournis au surintendant des faillites, au débiteur et à tout créancier qui en fait la demande.

<sup>49</sup> *Gosling v. Gaskell*, [1897] A.C. 575 (C.L.); *Thomas v. Todd*, [1926] 2 K.B. 511.

<sup>50</sup> LFI, art. 71.

faillite<sup>51</sup>. Toutefois, la faillite du débiteur ne porte pas atteinte au droit du séquestre d'exécuter la garantie.

La réorganisation visée par la disposition concernant les propositions commerciales de la LFI est rarement possible si un séquestre a été nommé. La suspension automatique des procédures associée à la réorganisation ne s'applique pas si les biens ont été saisis<sup>52</sup>. La réorganisation visée par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*<sup>53</sup> (la LACC) n'est pas assujettie à une restriction similaire, mais les tribunaux hésiteront probablement à permettre d'y donner suite si les affaires du débiteur se sont détériorées à ce point.

Selon le droit canadien en matière d'insolvabilité, un préavis est donné au débiteur de l'intention d'un créancier garanti de nommer un séquestre ou d'exécuter sa garantie sur la totalité ou la quasi-totalité des actifs du débiteur. Le créancier garanti doit donner préavis au débiteur de son intention d'exécuter sa garantie<sup>54</sup>. Le créancier garanti ne peut exécuter sa garantie ou nommer un séquestre que dix jours après que le préavis a été donné, ce qui permet au débiteur d'entreprendre la réorganisation. La suspension des procédures associée aux deux types de réorganisation empêche les créanciers garantis de nommer un séquestre ou d'exécuter par ailleurs leur garantie. Par conséquent, une fois que la réorganisation est entamée, les créanciers garantis doivent demander au tribunal de lever la suspension ou de mettre fin à la réorganisation avant qu'un séquestre puisse être nommé<sup>55</sup>.

Il arrive parfois que l'on ait recours au séquestre ainsi qu'à la réorganisation. Tel peut être le cas si la direction du débiteur a démissionné ou si elle n'inspire plus confiance aux créanciers<sup>56</sup>. L'objectif de la mise sous séquestre est alors plus restreint, en ce sens qu'il s'agit simplement d'un mécanisme de rechange aux fins de la surveillance des activités commerciales au cours de la tentative de réorganisation.

#### D) La réglementation des mises sous séquestre en Australie

Les origines des dispositions australiennes actuelles en matière de mise sous séquestre remontent à la *General Insolvency Inquiry* (enquête générale sur l'insolvabilité) (plus communément connue sous le nom de *Harmer Report*) (le rapport Harmer)<sup>57</sup> de la Commission de réforme du droit de l'Australie. Le rapport, qui a été publié en 1988, renferme des recommandations d'une portée très étendue, et ce, qu'une personne physique ou qu'une personne morale soit en cause. En 1992, la *Corporate Law Reform*

<sup>51</sup> Voir Bennett, *supra*, note 7, pp. 487 à 490.

<sup>52</sup> LFI, par. 69(2), 69.1(2).

<sup>53</sup> L.R.C. 1985, ch. C-36

<sup>54</sup> LFI, art. 244.

<sup>55</sup> Voir, par ex., *Re Bargain Harold's Discount Ltd.* (1992), 10 C.B.R. (3d) 23 (Div. gén. Ont.); *Re Cumberland Trading Inc.* (1994), 23 C.B.R. (3d) 225 (Div. gén. Ont.).

<sup>56</sup> *Re 843504 Alberta Ltd.* (2003), 4 C.B.R. (5th) 306 (B.R. Alb.); *General Electric Capital Canada Inc. v. Euro United Corp.* (1999), 25 C.B.R. (4th) 250 (C.S.J. Ont.).

<sup>57</sup> Report 45 (Sydney, 1988).

*Act 1992* a été édictée, et les dispositions relatives à l'insolvabilité sont entrées en vigueur au mois de juin 1993. La législation incorporait un grand nombre des recommandations figurant dans le rapport Harmer. Cet effort de réforme est surtout connu pour la création d'un régime de redressement des sociétés, appelé régime d'administration volontaire, mais il est également connu pour son inclusion de dispositions réglementant les mises sous séquestre<sup>58</sup>.

L'Australie a choisi de ne pas unifier le régime d'insolvabilité applicable aux personnes morales et celui qui s'applique aux personnes physiques. La *Bankruptcy Act* régit les cas d'insolvabilité personnelle, alors que la *Corporations Act 2001* régit les cas d'insolvabilité corporative. Les dispositions concernant les séquestres sont énoncées dans la partie 5.2 de la *Corporations Act 2001*. Les efforts en matière de réforme du droit en Australie ne visaient pas à codifier complètement le droit concernant les mises sous séquestre ou à modifier fondamentalement ce droit<sup>59</sup>. Ils visaient simplement à apporter des améliorations aux principes d'*equity* et aux règles légales régissant les mises sous séquestre. Il est possible de procéder à la nomination judiciaire de séquestres en Australie, mais il est beaucoup plus courant de nommer des séquestres privés<sup>60</sup>. En général, les dispositions légales s'appliquent aux deux types de mises sous séquestre, et elles s'appliquent également aux autres personnes qui exercent un contrôle sur les biens de la société aux fins de l'exécution d'une charge.

#### 1) Les qualités requises des séquestres

La législation impose deux types d'exigences en ce qui concerne les qualités requises des séquestres. Il s'agit d'une part de faire en sorte que le séquestre ait les connaissances et compétences nécessaires, ce qui est accompli en exigeant que le séquestre soit un liquidateur autorisé<sup>61</sup>. D'autre part, le second type d'exigence a pour objet d'assurer l'indépendance du séquestre envers le créancier garanti et le débiteur. Selon la législation, un créancier hypothécaire, un vérificateur, un administrateur, un directeur ou un employé de la société débitrice n'est pas habile à agir comme séquestre<sup>62</sup>. Des restrictions additionnelles s'appliquent aux administrateurs, aux directeurs et aux employés de sociétés liées ainsi qu'aux personnes qui ont occupé un tel poste au cours des douze derniers mois<sup>63</sup>.

#### 2) Les pouvoirs des séquestres

---

<sup>58</sup> Voir A Keay, "Receiverships in Light of Recent Legislative Changes" dans *Corporate Insolvency Law*, J. Lessing & J. Corkery eds. (Gold Coast, Australia: Taxation & Corporate Research Centre Law, 1995), chapitre 4.

<sup>59</sup> *Ibid.*, par. 182.

<sup>60</sup> Murray, *supra*, note 6, p. 447.

<sup>61</sup> *Corporations Act 2001*, al. 418(1)d). L'article 1282 énonce les exigences auxquelles il faut satisfaire pour devenir liquidateur autorisé.

<sup>62</sup> *Ibid.*, al. 418(1)(a), (b) et (c).

<sup>63</sup> *Ibid.*, al. 418(1)(e) et (f).

Habituellement, les pouvoirs d'un séquestre privé sont définis par l'instrument de nomination, alors que les pouvoirs du séquestre judiciaire émanent de l'ordonnance judiciaire par laquelle celui-ci a été nommé. À ces pouvoirs viennent s'ajouter d'autres pouvoirs qui sont conférés par la loi aux séquestres privés ainsi qu'aux séquestres judiciaires, à moins que des restrictions ne soient prévues dans l'ordonnance judiciaire ou dans l'instrument de nomination<sup>64</sup>. Les pouvoirs prévus par la loi s'appliquent donc par défaut en l'absence d'indication contraire dans l'ordonnance judiciaire dans le cas du séquestre judiciaire, ou dans l'instrument de nomination lorsqu'un séquestre privé est en cause.

Ces pouvoirs comprennent le pouvoir de prendre possession des biens et d'en assumer le contrôle, d'emprunter de l'argent en offrant les biens de la société en garantie, et de continuer à exploiter l'entreprise de la société. Le séquestre se voit également conférer le droit d'inspecter les livres de la société et peut exiger la communication de renseignements de certaines personnes liées à la société<sup>65</sup>.

### 3) Les obligations des séquestres

À l'origine, le séquestre privé n'était pas tenu de faire preuve d'une diligence raisonnable lorsqu'il vendait les biens. Dans la mesure où il agissait honnêtement, il n'engageait pas sa responsabilité s'il effectuait la réalisation à la légère<sup>66</sup>. Les auteurs du rapport Harmer ont recommandé qu'une norme plus stricte soit imposée aux séquestres privés; il a été donné suite à cette recommandation dans la législation adoptée dans le cadre de la réforme du droit des sociétés. La loi prévoit que le séquestre doit faire preuve d'une diligence raisonnable en veillant à vendre les biens à leur valeur marchande, ou encore au meilleur prix qu'il est raisonnablement possible d'obtenir si les biens n'ont pas de valeur marchande<sup>67</sup>. Toutefois, les tribunaux ont également conclu que l'obligation d'obtenir la valeur marchande du bien donné en garantie n'élimine pas pour autant le principe de common law voulant que le créancier garanti puisse vendre les biens au moment où il le veut et qu'il n'ait pas à attendre qu'un meilleur prix puisse être obtenu<sup>68</sup>.

Cette obligation légale est également imposée au séquestre judiciaire, mais cela ne semble pas modifier énormément l'obligation qui incombe à celui-ci. L'obligation plus générale voulant que le séquestre judiciaire agisse dans l'intérêt de toutes les personnes qui détiennent un intérêt sur les actifs n'en est pas pour autant amoindrie.

### 4) Les responsabilités des séquestres

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, art. 420.

<sup>65</sup> *Ibid.*, art. 430.

<sup>66</sup> *Expo International Pty Ltd v. Chant* [1979] 2 N.S.W.L.R. 820. Et voir Keay, *supra*, note 58, pp. 37 à 43.

<sup>67</sup> *Corporations Act 2001*, art. 420C.

<sup>68</sup> *Investec Bank (Australia) Ltd. v Glodale Pty. Ltd.*, [2009] VSCA 97.

Le contrat de garantie prévoit habituellement que le séquestre privé est réputé agir à titre de mandataire de la société<sup>69</sup>. Par conséquent, les obligations, contractuelles ou autres, assumées par le séquestre après la mise sous séquestre sont des obligations de la société en sa qualité de mandant, et le séquestre n'engage donc pas sa responsabilité à l'égard de ces obligations. Ce résultat a été modifié par la législation. La loi prévoit que le séquestre est personnellement responsable des dettes contractées, des services rendus, des marchandises achetées ou des biens loués, utilisés ou occupés<sup>70</sup>. Le séquestre ne peut éviter cette responsabilité par contrat. Cette règle n'a pas de répercussions importantes pour les séquestres judiciaires puisqu'ils agissent déjà en leur qualité personnelle et assument eux-mêmes les obligations postérieures à la mise sous séquestre.

Les séquestres ne sont pas tenus responsables des obligations contractées par la société avant la mise sous séquestre. Les auteurs du rapport Harmer ont fait valoir que cette absence de responsabilité donnait lieu à une iniquité dans le cas de la location de biens puisque le séquestre pouvait continuer à occuper les locaux loués sans avoir à payer quoi que ce soit pour les utiliser. Il a été donné suite à la recommandation qui était faite, la législation imposant au séquestre l'obligation de payer le loyer stipulé dans un bail conclu avant la mise sous séquestre; l'obligation de payer ce loyer prend naissance sept jours après la nomination du séquestre, à moins que celui-ci n'avise le propriétaire de son intention de ne pas occuper les lieux<sup>71</sup>.

#### 5) La surveillance judiciaire des séquestres

La législation sur les sociétés confère aux tribunaux des pouvoirs de surveillance étendus à l'égard des séquestres. Certaines dispositions s'appliquent uniquement aux séquestres privés, mais cela importe peu puisque le tribunal exerce déjà un pouvoir de surveillance sur les séquestres judiciaires. Le tribunal se voit conférer les pouvoirs suivants :

- sur demande du séquestre, le pouvoir de donner des directives sur toute question qui se pose dans le cadre de l'exercice des pouvoirs ou des fonctions du séquestre<sup>72</sup>;
- le pouvoir de décider de la validité de la nomination d'un séquestre<sup>73</sup>;
- le pouvoir de fixer la rémunération d'un séquestre privé<sup>74</sup>;
- sur demande de la société, le pouvoir de destituer le séquestre pour inconduite<sup>75</sup>;

---

<sup>69</sup> Murray, *supra*, note 6, p. 458.

<sup>70</sup> *Ibid.*, par. 419(1).

<sup>71</sup> *Ibid.*, art. 419A.

<sup>72</sup> *Corporations Act 2001*, art. 424.

<sup>73</sup> *Ibid.*, art. 418A.

<sup>74</sup> *Ibid.*, art. 425.

<sup>75</sup> *Ibid.*, art. 434A.

- sur demande d'un plaignant, le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée s'il semble que le séquestre ne s'acquitte pas fidèlement de ses fonctions ou qu'il n'observe pas une condition de l'instrument de nomination ou de l'ordonnance judiciaire<sup>76</sup>;
- sur demande d'un liquidateur, le pouvoir de libérer le séquestre une fois les objectifs atteints<sup>77</sup>.

Le tribunal se voit également conférer le pouvoir d'autoriser l'aliénation par le séquestre d'un bien grevé d'une charge qui a priorité sur la charge faisant l'objet d'une exécution de la part du séquestre<sup>78</sup>. Le séquestre doit démontrer qu'il a pris toutes les mesures raisonnables afin d'obtenir le consentement du créancier garanti, que la vente est faite dans l'intérêt de la société et de ses créanciers et qu'elle ne causera pas de préjudice déraisonnable au titulaire de la charge de rang supérieur. En rendant l'ordonnance, le tribunal doit tenir compte de la nécessité de protéger d'une façon adéquate les droits du titulaire de la charge prioritaire. Les auteurs du rapport Harmer recommandaient l'inclusion de cette disposition car ils craignaient qu'il soit effectivement impossible au séquestre de vendre l'entreprise en tant qu'entreprise active<sup>79</sup>. En l'absence de pareil pouvoir, le séquestre ne pourrait pas vendre le bien sans rembourser au complet le titulaire de la charge prioritaire, ce qui serait impossible si le montant garanti par la charge prioritaire excédait la valeur marchande du bien donné en garantie.

#### 6) La communication de renseignements

Selon le rapport Harmer, l'un des principaux griefs des créanciers non garantis était qu'ils obtenaient fort peu de renseignements sur l'état des affaires de la société ou sur le plan d'action proposé par le séquestre aux fins de l'administration des biens et de l'exploitation de l'entreprise<sup>80</sup>. Afin de remédier à cette lacune, une obligation de communication a été imposée aux séquestres. Le séquestre est tenu d'établir un rapport dans les deux mois qui suivent la date à laquelle il assume le contrôle<sup>81</sup>. Selon certaines dispositions, une obligation est imposée au séquestre d'aviser de sa nomination l'organisme fédéral de réglementation<sup>82</sup>.

#### 7) L'interdépendance entre les régimes d'insolvabilité

La législation sur les sociétés renferme des dispositions portant sur l'interdépendance entre les procédures de mise sous séquestre et les autres procédures en matière d'insolvabilité. La loi s'applique aux cas dans lesquels on entreprend la liquidation d'une

<sup>76</sup> *Ibid.*, art. 423.

<sup>77</sup> *Ibid.*, art. 434B.

<sup>78</sup> *Ibid.*, art. 420B.

<sup>79</sup> *Rapport Harmer*, par. 210 à 214.

<sup>80</sup> *Rapport Harmer*, par. 206.

<sup>81</sup> *Corporations Act 2001*, art. 421A.

<sup>82</sup> *Ibid.*, art. 427.

société qui fait l'objet d'une mise sous séquestre. Elle s'applique également aux cas dans lesquels on entreprend l'administration volontaire d'une société faisant l'objet d'une mise sous séquestre.

Les auteurs du rapport Harmer ont examiné l'effet de la liquidation sur les pouvoirs du séquestre. Les procédures de liquidation ne portent pas atteinte au droit d'un créancier garanti d'exécuter sa sûreté<sup>83</sup>. Toutefois, elles influent sur le pouvoir du séquestre privé de continuer à exploiter l'entreprise. En cas de liquidation, le séquestre privé n'est plus habilité à exploiter l'entreprise à titre de mandataire de la société débitrice. Le séquestre a le droit de rester en possession des actifs et de les garder sous son contrôle, ainsi que de les aliéner pour le compte du créancier garanti, mais il ne peut pas exploiter l'entreprise sans risquer d'être tenu personnellement responsable des obligations qui sont assumées dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise. L'on craignait que la chose puisse mener à la disposition fragmentée des actifs, ce qui aurait pour effet de réduire les chances de vendre à un prix plus élevé l'entreprise en tant qu'entreprise active<sup>84</sup>. La législation modifie cet état de choses en conférant au séquestre le pouvoir de continuer à exploiter l'entreprise de la société sur consentement écrit du liquidateur ou du tribunal<sup>85</sup>.

L'un des aspects les plus remarquables du rapport Harmer se rapportait à la création proposée d'un régime d'administration volontaire comme solution de rechange à la liquidation des actifs de la société<sup>86</sup>. Un administrateur est nommé, et une évaluation indépendante de l'entreprise est effectuée. L'objectif de l'administration volontaire est d'assurer le maintien de l'entreprise, et si cela n'est pas possible, d'obtenir un meilleur rendement que dans le cas d'une liquidation<sup>87</sup>. La législation sur les sociétés traite de l'interdépendance entre les mises sous séquestre et l'administration volontaire.

Les créanciers garantis ne sont pas autorisés à exécuter leur garantie pendant que les procédures d'administration volontaire sont en cours sans le consentement écrit de l'administrateur ou sans l'autorisation du tribunal<sup>88</sup>. Cette interdiction ne s'applique pas si le créancier garanti a exercé ses recours avant le début des procédures d'administration volontaire<sup>89</sup>, ou si la sûreté se rattache à un bien périssable<sup>90</sup>. Toutefois, la règle comporte une exception majeure dans le cas du créancier garanti qui détient une sûreté sur la totalité ou sur la quasi-totalité des biens de la société<sup>91</sup>. Si les procédures d'administration volontaire sont entamées avant l'adoption des dispositions de mise sous séquestre, le créancier garanti peut à son choix exécuter la sûreté dans un délai de treize jours. Le créancier garanti qui n'exécute pas la sûreté au cours de cette période est assujéti, quant

---

<sup>83</sup> Murray, *supra*, note 6, pp. 323 et 324.

<sup>84</sup> Rapport Harmer, par. 221.

<sup>85</sup> *Corporations Act 2001*, art. 420C.

<sup>86</sup> Voir A Keay, "A Comparative Analysis of Administration Regimes in Australia and the United Kingdom", dans *International Insolvency Law: Themes and Perspectives*, P. Omar éd. (Aldershot, Angleterre; Burlington, VT: Ashgate, 2008), chapitre 5.

<sup>87</sup> *Ibid.*, art. 435A.

<sup>88</sup> *Ibid.*, art. 440B.

<sup>89</sup> *Ibid.*, art. 441B.

<sup>90</sup> *Ibid.*, art. 441C.

<sup>91</sup> *Ibid.*, art. 441A.

à l'exécution, à la même interdiction que celle qui s'applique aux créanciers garantis qui détiennent des sûretés sur une partie seulement des biens du débiteur.

Le créancier garanti qui détient une sûreté sur la totalité ou sur la quasi-totalité des actifs de la société est donc en mesure de contourner l'administration volontaire. Cette exception semble viser à éviter la liquidation fragmentée des actifs de l'entreprise. Les créanciers garantis dont la sûreté se rattache à des actifs particuliers ne sont pas autorisés à exécuter leur sûreté étant donné que l'exécution entraînerait la dissolution de l'entreprise et qu'un prix moins élevé serait obtenu. Toutefois, le créancier garanti dont la sûreté se rattache à l'ensemble de l'entreprise est en mesure de vendre l'entreprise en tant qu'entreprise active, d'où la pratique des créanciers garantis de grever tous les biens de la société de charges flottantes de faible valeur qui sont subordonnées aux charges flottantes préexistantes, et ce, afin de conserver leur droit d'exécution malgré l'institution de procédures d'administration volontaire<sup>92</sup>. Il semble malgré tout qu'en Australie, les créanciers garantis aient reconnu le bien-fondé de l'administration volontaire et que la capacité du créancier garanti de contourner les procédures n'ait pas eu les répercussions négatives associées à une multitude de créanciers garantis<sup>93</sup>.

#### E) La réglementation des mises sous séquestre en Nouvelle-Zélande

En Nouvelle-Zélande, les régimes d'insolvabilité sont à maints égards semblables à ceux de l'Australie. En effet, comme c'est le cas en Australie, les régimes d'insolvabilité ne sont pas regroupés dans une seule loi. Les insolvabilités personnelles sont régies par la législation sur la faillite, alors que les insolvabilités commerciales sont régies par leurs propres lois distinctes. Le 1<sup>er</sup> novembre 2007, la Nouvelle-Zélande a adopté un régime d'administration volontaire<sup>94</sup> semblable à celui qui a cours en Australie. Contrairement à l'Australie, les régimes d'insolvabilité existant en droit corporatif ne relèvent pas d'une seule loi. Les dispositions relatives aux mises sous séquestre font partie de la *Receivership Act 1993*, alors que le régime de liquidation des sociétés et le régime d'administration volontaire font partie de la *Companies Act 1993*. Contrairement à la législation australienne, la *Receivership Act 1993* n'est pas limitée aux sociétés, mais elle s'applique également aux personnes physiques. La loi de la Nouvelle-Zélande s'applique aux séquestres privés ainsi qu'aux séquestres judiciaires, mais il est rare qu'un séquestre judiciaire soit nommé<sup>95</sup>. La loi de la Nouvelle-Zélande renferme également un certain nombre de dispositions portant sur les ventes conclues par les séquestres dans le cadre de l'exécution. Ces dispositions sont fort semblables à celles qui figurent dans la législation canadienne sur les sûretés mobilières<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> Murray, *supra*, note 6, p. 551.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Partie 15A de la *Companies Act 1993*, édictée par la *Companies Amendment Act 2006*.

<sup>95</sup> Blanchard & Gedye, *supra*, note 6, p. 33.

<sup>96</sup> Selon l'article 30A, la vente du bien par le séquestre a pour effet d'éteindre toutes les sûretés grevant le bien qui sont subordonnées à la sûreté de la personne pour laquelle le séquestre a été nommé. Selon l'article 30B, tout excédent doit être versé aux créanciers garantis de rang inférieur et aux autres personnes qui ont un intérêt sur le bien. Comparer avec *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, ch. P-7, par. 60(12) et 61(1); *Loi sur les sûretés mobilières* L.R.O. 1990, ch. P.10, par. 63(9) et 64(1).

## 1) Les qualités requises des séquestres

Contrairement à de nombreux autres ressorts, les professionnels qualifiés de l'insolvabilité en Nouvelle-Zélande n'ont pas à obtenir une licence ou à s'inscrire. Seuls certains cas d'inadmissibilité sont prévus, notamment dans le cas de certaines personnes, comme le créancier garanti et les administrateurs, en place ou anciens, de la société débitrice<sup>97</sup>.

## 2) Les pouvoirs des séquestres

La loi de la Nouvelle-Zélande énumère les pouvoirs du séquestre : notamment le pouvoir de gérer l'entreprise et d'intenter des actions en vue du recouvrement de fonds<sup>98</sup>, ainsi que le pouvoir de signer des documents au nom du débiteur<sup>99</sup>. Ces pouvoirs viennent s'ajouter aux pouvoirs conférés dans le contrat de garantie ou dans l'ordonnance judiciaire, et peuvent être modifiés par les dispositions du contrat ou de l'ordonnance. Le séquestre se voit accorder le droit d'inspecter les livres de la société et il peut exiger du débiteur la communication de renseignements<sup>100</sup>.

Selon la loi de la Nouvelle-Zélande, le séquestre privé agit à titre de mandataire du débiteur sauf disposition expresse contraire du contrat ou de l'instrument de nomination<sup>101</sup>. Il s'agit d'une règle qui s'applique par défaut, en l'absence d'une disposition expresse contraire. En l'absence d'une telle disposition, il fallait inclure dans le contrat de garantie une disposition prévoyant un mandat présumé afin d'arriver à ce résultat<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> *Receivership Act 1993*, art. 5.

<sup>98</sup> *Ibid.*, art. 14.

<sup>99</sup> *Ibid.*, art. 13.

<sup>100</sup> *Ibid.*, art. 12.

<sup>101</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>102</sup> Blanchard & Gedye, *supra*, note 6, p. 36.

### 3) Les obligations des séquestres

La loi de la Nouvelle-Zélande énonce les obligations du séquestre. Le séquestre doit exercer ses pouvoirs en toute bonne foi et à des fins légitimes, et il doit agir au mieux des intérêts de la personne pour le compte de laquelle il a été nommé<sup>103</sup>. La loi semble simplement codifier la situation existant en *equity*. Toutefois, elle crée une autre obligation. Le séquestre doit exercer ses pouvoirs en tenant raisonnablement compte des intérêts du débiteur, des autres créanciers garantis et des créanciers non garantis<sup>104</sup>. Auparavant, le séquestre n'était pas obligé de tenir compte des intérêts de qui que ce soit, à part la personne pour le compte de laquelle il avait été nommé, et il n'avait aucune obligation générale de faire preuve d'une diligence raisonnable lorsqu'il effectuait des opérations concernant les actifs<sup>105</sup>. En exerçant son pouvoir en matière de vente, le séquestre est également tenu d'obtenir le meilleur prix qu'il est raisonnablement possible d'obtenir au moment de la vente. Il s'agit d'une obligation envers le débiteur ainsi qu'envers les autres créanciers garantis et envers les créanciers non garantis<sup>106</sup>.

### 4) Les responsabilités des séquestres

La loi de la Nouvelle-Zélande prévoit que le séquestre agit à titre de mandataire du débiteur, mais une disposition impose une responsabilité personnelle au séquestre lorsqu'il conclut un contrat après le début des procédures de mise sous séquestre, à moins que le contrat ne dégage celui-ci de toute responsabilité personnelle<sup>107</sup>. Le séquestre est également tenu personnellement responsable du paiement du loyer et des autres sommes qui deviennent dues aux termes d'un contrat préexistant se rapportant à l'usage, à la possession ou à l'occupation d'un bien<sup>108</sup>. Cette responsabilité est limitée au loyer et aux autres paiements qui deviennent dus 14 jours après la date de la nomination et se termine à la date à laquelle la mise sous séquestre prend fin ou lorsque le débiteur cesse d'utiliser, de posséder ou d'occuper le bien<sup>109</sup>.

Le tribunal se soit accorder le pouvoir de décharger le séquestre de toute responsabilité si cette responsabilité était uniquement attribuable à un vice dans la nomination du séquestre, ou encore dans le contrat ou dans l'ordonnance judiciaire nommant le séquestre, et si le séquestre a agi honnêtement et d'une façon raisonnable et qu'une dispense devrait lui être accordée<sup>110</sup>.

---

<sup>103</sup> *Receivership Act 1993*, par. 18(1) et (2).

<sup>104</sup> *Ibid.*, par. 18(3).

<sup>105</sup> *First City Corporation Ltd. v. Downsvieview Nominees Ltd.* [1990] A.C. 295 (C.P.).

<sup>106</sup> *Receivership Act 1993*, art. 19.

<sup>107</sup> *Ibid.*, par. 32(1) et (2).

<sup>108</sup> *Ibid.*, par. 32(5).

<sup>109</sup> *Ibid.*, par. 32(6).

<sup>110</sup> *Ibid.*, art. 33.

## 5) La surveillance judiciaire des séquestres

La loi de la Nouvelle-Zélande prévoit un ensemble de pouvoirs permettant au tribunal de surveiller les activités du séquestre. Ces pouvoirs s'appliquent au séquestre privé ainsi qu'au séquestre judiciaire, mais ils ont une importance toute particulière dans le premier cas puisque, en l'absence d'autorisation légale, les tribunaux ne possèdent pas de pouvoirs de surveillance sur les séquestres privés. Le tribunal se voit conférer les pouvoirs suivants :

- sur demande du séquestre, le pouvoir de donner des directives sur toute question qui se pose dans le cadre de l'exercice des fonctions du séquestre<sup>111</sup>;
- le pouvoir de fixer la rémunération du séquestre<sup>112</sup>;
- le pouvoir d'ordonner au séquestre de se conformer à une obligation, et le pouvoir de destituer le séquestre qui ne se conforme pas à pareille ordonnance<sup>113</sup>;
- le pouvoir de dispenser le séquestre de l'obligation de se conformer à une obligation<sup>114</sup>;
- le pouvoir de délivrer une ordonnance d'interdiction s'il est démontré que le séquestre est inhabile à exercer ses fonctions par suite de l'omission réitérée de se conformer à une obligation ou de la gravité de pareille omission<sup>115</sup>;
- le pouvoir de mettre fin à la mise sous séquestre ou de la restreindre si l'objectif de la mise sous séquestre a été atteint ou si les circonstances ne justifient plus son maintien<sup>116</sup>.

## 6) La communication de renseignements

Un certain nombre d'obligations légales de faire rapport sont imposées au séquestre. Le séquestre doit établir un rapport sur l'état des affaires de la société dans les deux mois de sa nomination<sup>117</sup>. Le rapport doit renfermer des détails au sujet des actifs, des dettes, des obligations et des grèvements, et doit également décrire les événements qui ont mené à la mise sous séquestre, et indiquer les biens aliénés par le séquestre et les montants qui sont dus aux diverses catégories de créanciers. D'autres rapports doivent être établis à la fin de chaque période de six mois suivant la nomination du séquestre<sup>118</sup>. Le rapport doit être

---

<sup>111</sup> *Ibid.*, par. 34(1).

<sup>112</sup> *Ibid.*, par. 34(2).

<sup>113</sup> *Ibid.*, par. 37(4) et (5).

<sup>114</sup> *Ibid.*, par. 37(4).

<sup>115</sup> *Ibid.*, par. 37(6).

<sup>116</sup> *Ibid.*, art. 35.

<sup>117</sup> *Ibid.*, art. 23.

<sup>118</sup> *Ibid.*, art. 24.

envoyé au débiteur et au créancier garanti pour le compte duquel le séquestre a été nommé<sup>119</sup>. Les créanciers, les administrateurs de la société débitrice, les titulaires de garanties ou toute personne qui détient un intérêt sur un bien visé par la mise sous séquestre ont le droit, sur demande, de recevoir le rapport<sup>120</sup>.

Le séquestre doit également donner un avis public de sa nomination<sup>121</sup>. Si le débiteur est une société, une copie de l'avis public doit également être envoyée au registraire des compagnies<sup>122</sup>; le séquestre doit d'autre part aviser le registraire de la fin de la mise sous séquestre<sup>123</sup>. Une fois le séquestre nommé, tout contrat conclu par le débiteur ou pour le compte du débiteur doit indiquer le nom du séquestre<sup>124</sup>.

#### 7) L'interdépendance entre les régimes d'insolvabilité

Comme dans le cas de l'Australie, la nomination du liquidateur d'une société débitrice, en Nouvelle-Zélande, rend inopérante toute disposition concernant l'existence d'un mandat présumé<sup>125</sup>. Le séquestre privé n'est donc plus autorisé à gérer l'entreprise, mais il a encore le droit de vendre les biens en sa qualité de mandataire du créancier garanti<sup>126</sup>. La loi a modifié la situation. Le séquestre peut être nommé ou peut continuer à agir comme séquestre après qu'une société a fait l'objet d'une liquidation, sauf ordonnance contraire du tribunal<sup>127</sup>. Toutefois, le séquestre peut uniquement agir comme mandataire de la société avec l'autorisation du tribunal ou sur consentement écrit du liquidateur<sup>128</sup>. Le séquestre qui n'obtient pas cette autorisation ou ce consentement ne devient pas, de ce seul fait, mandataire du créancier garanti<sup>129</sup>. Tout contrat avec un tiers est conclu à titre personnel, à peu près de la même façon que dans le cas du séquestre judiciaire.

La partie 15A de la *Companies Act 1993* de la Nouvelle-Zélande a été ajoutée en 2006; elle est entrée en vigueur au mois de novembre 2007. Un nouveau régime de redressement appelé administration volontaire est créé. L'approche adoptée à l'égard de l'interdépendance entre la mise sous séquestre et l'administration volontaire est la même que celle qui existe en Australie. Le créancier garanti ne peut pas exécuter sa sûreté pendant que les procédures d'administration volontaire sont en cours, mais il n'est pas assujéti à cette interdiction s'il a procédé à une saisie ou s'il a exercé les recours dont il dispose avant le début des procédures d'administration volontaire<sup>130</sup>, ou si la sûreté se rattache à un bien périssable<sup>131</sup>. Une exception importante à la règle est prévue dans le

<sup>119</sup> *Ibid.*, par. 26(1).

<sup>120</sup> *Ibid.*, par. 26(2).

<sup>121</sup> *Ibid.*, par. 8(1).

<sup>122</sup> *Ibid.*, par. 8(3).

<sup>123</sup> *Ibid.*, art. 29.

<sup>124</sup> *Ibid.*, art. 10.

<sup>125</sup> Blanchard & Gedye, *supra*, note 6, p. 348.

<sup>126</sup> *Ibid.*, pp. 343 à 346.

<sup>127</sup> *Receivership Act 1993*, par. 31(1).

<sup>128</sup> *Ibid.*, par. 31(2).

<sup>129</sup> *Ibid.*, par. 31(3).

<sup>130</sup> *Companies Act 1993*, art. 239ABM.

<sup>131</sup> *Ibid.*, art. 239ABN.

cas où le créancier garanti détient une sûreté sur la totalité ou sur la quasi-totalité des biens de la société<sup>132</sup>. Si les procédures d'administration volontaire sont entamées avant que des dispositions soient prises en vue de la mise sous séquestre, le créancier garanti peut à son choix exécuter la sûreté dans un délai de dix jours. Le créancier garanti qui n'exécute pas la sûreté au cours de cette période est assujéti à la même interdiction, en ce qui concerne l'exécution, que celle qui s'applique aux créanciers garantis qui détiennent des sûretés sur une partie seulement des biens du débiteur.

#### F) La réglementation des mises sous séquestre au Royaume-Uni

L'approche adoptée à l'égard de la réglementation des mises sous séquestre au Royaume-Uni a énormément changé au cours de la dernière décennie. Le *Report of the Review Committee of Insolvency Law and Practice*<sup>133</sup>, plus communément connu sous le nom de *Cork Report* (le rapport Cork), a été publié en 1982. Il établissait un schéma en vue de la réforme du droit en matière d'insolvabilité, lequel a abouti à l'adoption de la *Insolvency Act, 1986*<sup>134</sup>. Ce rapport consacrait un chapitre à l'analyse des mises sous séquestre; la partie III de la *Insolvency Act, 1986* porte sur ces mises sous séquestre. L'approche recommandée à l'égard de la réglementation était relativement simple. Les séquestres saisis de la totalité ou de la quasi-totalité des biens de la société étaient désormais désignés sous le nom de « séquestres administratifs », mais la législation ne changeait pas radicalement la nature de leurs fonctions. La législation prévoyait une communication plus étendue des renseignements et traitait de questions telles que la responsabilité des séquestres à l'égard des contrats conclus après la mise sous séquestre.

La législation créait également un nouveau régime d'insolvabilité, désigné comme étant l'administration. Elle permettait la nomination d'une personne indépendante (l'administrateur) qui pouvait assumer le contrôle de la société et la gérer pour le compte de tous les créanciers. L'administrateur ne pouvait initialement être nommé qu'au moyen d'une ordonnance judiciaire. L'administration ne constituait pas en soi un régime de réorganisation. Il s'agissait plutôt d'un « mécanisme de maintien »<sup>135</sup> assurant le statu quo tant qu'une décision n'était pas prise au sujet de la façon la plus efficace de résoudre le problème : il pouvait s'agir d'un arrangement aux termes duquel les créanciers acceptaient de transiger sur leurs réclamations, ou encore de la vente de l'entreprise en tant qu'entreprise active.

La *Enterprise Act 2002*<sup>136</sup> modifiait et remaniait fondamentalement le droit britannique en matière d'insolvabilité. La législation abolissait effectivement les mises sous séquestre administratives sauf dans certains cas fort exceptionnels. Elle simplifiait et améliorait également le régime d'administration afin d'accroître son efficacité.

---

<sup>132</sup> *Ibid.*, art. 239ABL.

<sup>133</sup> Cmnd 8558 (Londres : HMSO, 1982).

<sup>134</sup> Chapitre 45.

<sup>135</sup> R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 3<sup>e</sup> éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 2005), p. 316.

<sup>136</sup> Chapitre 40.

Il s'avère donc nécessaire d'examiner les réformes britanniques en deux étapes. La première vague de réformes sera examinée. Ces mesures législatives sont encore en place, mais en réalité on a si rarement recours à la mise sous séquestre administrative que ces mesures sont en pratique peu pertinentes. C'est pourquoi l'accent sera surtout mis sur la seconde vague fondamentale de réformes prévues par la *Enterprise Act 2002* ainsi que sur les raisons pour lesquelles on estimait souhaitable de ne pas avoir recours, en pratique, aux mises sous séquestre administratives.

### 1) Les qualités requises des séquestres

Selon la *Insolvency Act, 1986*, le séquestre doit obtenir l'agrément professionnel. Seul un professionnel agréé de l'insolvabilité peut agir comme séquestre<sup>137</sup>. La législation prévoit également que les faillis, libérés ou non, ne sont pas habilités à agir comme séquestres<sup>138</sup>.

### 2) Les pouvoirs des séquestres

La loi prévoit que les pouvoirs conférés au séquestre administratif aux termes du contrat de garantie par lequel il est nommé comprennent les pouvoirs énumérés à l'annexe 1<sup>139</sup>. L'annexe 1 énumère une vaste gamme de pouvoirs, notamment le pouvoir de continuer à exploiter l'entreprise de la société, le pouvoir de vendre les actifs au moyen d'une vente publique ou privée, et le pouvoir d'emprunter de l'argent et d'accorder une garantie sur les biens de la société. Ces pouvoirs constituent des règles par défaut qui peuvent être expressément modifiées ou suspendues par le contrat. Le séquestre administratif a également le droit d'exiger la communication de renseignements de la part de certaines personnes liées à la société<sup>140</sup>.

### 3) Les obligations des séquestres

Contrairement aux lois de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, la loi britannique ne visait pas à modifier l'obligation fondamentale qui incombe au séquestre privé. Par conséquent, l'obligation primordiale du séquestre existe uniquement envers le créancier garanti pour le compte duquel le séquestre a été nommé; le séquestre n'est pas obligé de tenir compte des intérêts des autres créanciers. Les auteurs du rapport Cork ne favorisaient pas l'application de cette obligation aux autres créanciers, et ce, à cause des retards et des coûts qui en résulteraient, et parce que cela compromettrait l'utilité d'une mise sous séquestre sans pour autant comporter d'avantages correspondants pour les créanciers non garantis<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> *Insolvency Act, 1986*, par. 230(2).

<sup>138</sup> *Ibid.*, art. 30 et 31.

<sup>139</sup> *Ibid.*, par. 42(1).

<sup>140</sup> *Ibid.*, art. 47.

<sup>141</sup> *Rapport Cork*, p. 107.

#### 4) Les responsabilités des séquestres

Le séquestre administratif engage sa responsabilité personnelle après la mise sous séquestre et à l'égard de tout contrat d'emploi qu'il adopte<sup>142</sup> et, à cet égard, il a le droit d'être indemnisé à l'aide des actifs de la société. Le séquestre administratif peut se dégager par contrat de cette responsabilité en incluant une disposition de non-responsabilité dans tout contrat conclu avec un tiers.

#### 5) La surveillance judiciaire des séquestres

La *Insolvency Act, 1986* prévoit, dans le cas des séquestres privés, un ensemble plus restreint de pouvoirs de surveillance que les pouvoirs accordés dans les autres ressorts. Le tribunal se voit conférer les pouvoirs suivants<sup>143</sup> :

- Sur demande du séquestre, le pouvoir de donner des directives sur toute question qui se pose dans le cadre de l'exercice des fonctions du séquestre<sup>144</sup>;
- sur demande du liquidateur ou du créancier garanti pour le compte duquel la nomination est effectuée, le pouvoir de fixer la rémunération du séquestre<sup>145</sup>;
- le pouvoir d'ordonner au séquestre de se conformer à l'obligation qui lui incombe de déposer ou de remettre des documents ou de donner un avis<sup>146</sup>;
- le pouvoir d'ordonner au créancier garanti pour le compte duquel la nomination est effectuée d'indemniser la personne nommée de toute responsabilité découlant d'une nomination irrégulière.

Le tribunal se voit également conférer le pouvoir d'autoriser le séquestre administratif à aliéner un bien grevé d'une garantie de rang supérieur si l'aliénation permet de réaliser d'une façon plus avantageuse les actifs de la société<sup>147</sup>. Lorsqu'une telle ordonnance est rendue, le créancier garanti doit recevoir le montant net qu'un vendeur motivé obtiendrait en vendant le bien sur le marché libre. Pareille ordonnance permet au séquestre administratif de procéder à la vente des actifs de l'entreprise en tant qu'entreprise active, tout en assurant que le créancier garanti de rang supérieur ne subisse pas de préjudice par suite de la vente.

---

<sup>142</sup> *Insolvency Act, 1986*, al. 44(1)(b).

<sup>143</sup> *Ibid.*, art. 34.

<sup>144</sup> *Ibid.*, art. 35.

<sup>145</sup> *Ibid.*, art. 36.

<sup>146</sup> *Ibid.*, art. 41.

<sup>147</sup> *Ibid.*, art. 43.

## 6) La communication de renseignements

Le séquestre administratif doit publier un avis de sa nomination<sup>148</sup>; il doit inclure une déclaration indiquant qu'un séquestre ou un gérant a été nommé dans les factures, bons de commande de marchandises ou lettres d'affaires rédigés par la société ou pour le compte de la société<sup>149</sup>. Le séquestre administratif doit, dans les trois mois de sa nomination, établir un rapport renfermant des détails au sujet de l'aliénation, effective ou proposée, de tout bien de la société, décrivant les événements qui ont donné lieu à la mise sous séquestre et indiquant les montants à payer aux diverses catégories de créanciers<sup>150</sup>. Les créanciers ont le droit d'obtenir ce rapport.

## 7) L'interdépendance entre les régimes d'insolvabilité

Une fois entamées les procédures de liquidation, le séquestre ne peut plus agir comme mandataire de la société en vertu d'une disposition de mandat présumé figurant dans le contrat de garantie<sup>151</sup>, de sorte qu'il ne peut pas lier la société en sa qualité de mandataire, mais cela ne l'empêche pas de se prévaloir du pouvoir que possède le créancier garanti de vendre le bien<sup>152</sup>. Le séquestre agit donc en sa qualité personnelle et engage sa responsabilité personnelle à l'égard des contrats conclus avec des tiers après le début des procédures de liquidation.

L'interdépendance entre les procédures de mise sous séquestre administrative et les procédures d'administration a été fondamentalement modifiée par la *Enterprise Act, 2002*. Auparavant, le créancier garanti qui était habilité à nommer un séquestre administratif pouvait habituellement empêcher la délivrance d'une ordonnance d'administration au moyen d'une telle nomination<sup>153</sup>. En pareil cas, le tribunal était tenu de rejeter toute requête présentée en vue de l'obtention d'une ordonnance d'administration. Le créancier garanti recevait généralement avis de la demande, et il pouvait donc à son gré empêcher les procédures d'administration<sup>154</sup>.

La *Enterprise Act, 2002* modifiait radicalement les lois britanniques en matière d'insolvabilité. Une nouvelle disposition ajoutée à la *Insolvency Act 1986* prévoyait qu'à quelques exceptions près, le créancier garanti ne pouvait pas nommer un séquestre administratif pour la société<sup>155</sup>. L'interdiction s'applique à toutes les charges garanties acquises le 15 septembre 2003 ou par la suite. Par conséquent, il est en fait impossible d'avoir recours à la mise sous séquestre administrative, et les procédures formelles d'insolvabilité se feront au moyen de l'administration ou de l'une des autres procédures

---

<sup>148</sup> *Ibid.*, art. 46.

<sup>149</sup> *Ibid.*, art. 39.

<sup>150</sup> *Ibid.*, art. 48.

<sup>151</sup> *Ibid.*, art. 44.

<sup>152</sup> *Sowman v. David Samuel Trust Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 616.

<sup>153</sup> *Insolvency Act, 1986*, par. 9(3).

<sup>154</sup> Goode, *supra*, note 135, p. 265.

<sup>155</sup> *Insolvency Act, 1986*, art. 72A, modifié par *Enterprise Act, 2002*, art. 250.

en matière d'insolvabilité. Dans la section suivante, nous expliquerons pourquoi on estimait qu'un changement si radical était souhaitable au Royaume-Uni.

#### 8) L'abolition des mises sous séquestres administratives

Le droit des mises sous séquestre a initialement été élaboré en Angleterre; presque tous les principes fondamentaux du droit des mises sous séquestre peuvent être trouvés dans les premières décisions judiciaires rendues par les tribunaux anglais. Cet ensemble de règles de droit a encore une importance cruciale dans les pays du Commonwealth, et notamment au Canada, qui continuent à avoir recours aux mises sous séquestre. Pourtant, là où les mises sous séquestre ont pris naissance, cette institution a presque disparu en tant que solution juridique à l'insolvabilité d'un débiteur. Afin de comprendre la raison pour laquelle cette mesure monumentale a été prise, il faut se pencher sur les réformes en matière d'insolvabilité qui ont été mises en place au Royaume-Uni.

Les auteurs du rapport Cork prenaient une position favorable à l'égard des mises sous séquestre. Ils proposaient d'apporter certaines modifications au droit, sans pour autant modifier les principaux attributs du droit des mises sous séquestre. De l'avis du comité, le principal problème n'était pas lié au droit des mises sous séquestre. Le problème découlait plutôt du fait que seuls les créanciers qui détenaient une charge flottante sur les actifs de la société pouvaient nommer un séquestre. Ce point de vue est révélé dans le passage suivant du rapport<sup>156</sup> :

#### [TRADUCTION]

Toutefois, il existe un aspect de la charge flottante qui a, selon nous, été fort avantageux pour le grand public et pour la société dans son ensemble, à savoir le pouvoir de nommer un séquestre et un gérant responsables de l'ensemble des biens et de l'entreprise d'une société. Seul le titulaire d'une charge flottante bien rédigée peut se prévaloir de ce pouvoir; aucun autre créancier ne possède un tel pouvoir. Les séquestres et gérants, dans un tel cas, se voient normalement accorder des pouvoirs étendus en vue de gérer la société et de continuer à exploiter l'entreprise. Dans certains cas, ils ont réussi à rendre de nouveau rentable une entreprise en difficulté et à la remettre à ses anciens propriétaires. Dans d'autres cas, ils ont pu aliéner l'ensemble de l'entreprise en tant qu'entreprise active. Dans un cas comme dans l'autre, la préservation de la partie rentable de l'entreprise a été avantageuse pour les employés, pour la collectivité commerciale et pour le grand public.

Les auteurs du rapport proposaient la création d'un nouveau régime d'insolvabilité appelé « administration ». L'idée était fort simple. La législation en matière d'insolvabilité devait permettre la nomination d'un administrateur qui posséderait les mêmes pouvoirs qu'un séquestre et qu'un gérant. Un administrateur pourrait être nommé par le tribunal, et ce, peu importe que la société ait accordé une charge flottante ou qu'elle ne l'ait pas fait.

---

<sup>156</sup> *Rapport Cork*, p.117.

La demande pourrait être présentée par tout créancier, garanti ou non garanti, ou par la société. Il a été donné suite à ces recommandations dans la *Insolvency Act, 1986*.

L'administration n'était pas en soi considérée comme un régime de redressement en cas d'insolvabilité. Il s'agissait plutôt d'un mécanisme permettant d'imposer un moratoire aux efforts d'exécution des créanciers, de façon qu'un professionnel de l'insolvabilité puisse assumer le contrôle de l'entreprise et déterminer les solutions possibles<sup>157</sup>. La liquidation de la société était une solution, mais l'administrateur pouvait également envisager la possibilité d'un arrangement volontaire de la société (l'AVS) dans le cadre duquel la société et ses créanciers concluraient une entente en vertu de laquelle les créanciers transigeaient sur leurs réclamations, la société étant ainsi en mesure de continuer à exploiter son entreprise<sup>158</sup>. Il s'agissait d'un régime de redressement qui était mis en œuvre au moment de la création du nouveau régime d'administration. On espérait que la création du régime de l'AVS, de concert avec le régime d'administration, permette de préserver un grand nombre d'entreprises.

Ces espoirs n'ont toutefois pas porté fruit. On a de plus en plus eu recours à l'administration et aux AVS, mais dans fort peu de cas, comparativement au nombre de sociétés qui avaient fait l'objet de mises sous séquestre administratives<sup>159</sup>. On pensait que l'une des principales raisons de cet état de choses était que le créancier garanti qui détenait une charge flottante avait pour ainsi dire un droit de veto puisqu'il pouvait nommer un séquestre administratif<sup>160</sup>. À cela venait s'ajouter le fait que le séquestre administratif était uniquement obligé de tenir compte des intérêts du titulaire de la charge flottante et qu'il n'avait aucune obligation envers l'ensemble des créanciers.

Le gouvernement a finalement conclu que le recours aux mises sous séquestre administratives n'était pas une mesure incitative adéquate pour maximiser les recouvrements et réduire les coûts au minimum, et que le niveau de transparence pour les intéressés n'était pas acceptable<sup>161</sup>. Le gouvernement a donc envisagé une série de réformes, notamment<sup>162</sup> :

1. La simplification de la procédure d'administration.
2. L'abolition des mises sous séquestre administratives.
3. L'abolition des privilèges de la Couronne.
4. La création d'un fonds spécialement affecté aux créanciers non garantis.

<sup>157</sup> Voir R. Parry, "England and Wales: Administration Orders" dans K. Broc et R. Parry, *Corporate Rescue: An Overview of Recent Developments* (Aspen: Kluwer, 2006) 57.

<sup>158</sup> Voir G. Broc, "England and Wales: The Impact of the Revised Company Voluntary Arrangement Procedure" dans K. Broc et R. Parry, *Corporate Rescue: An Overview of Recent Developments* (Aspen: Kluwer, 2006) 93.

<sup>159</sup> *A Review of Company Rescue and Business Reconstruction Mechanisms*, The Insolvency Service (Londres : HMSO, 1999), p. 14.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 11. Les deux autres raisons qui ont été données se rapportaient à la complexité du droit et à l'absence de mécanismes efficaces permettant de financer la tentative de redressement.

<sup>161</sup> *Productivity and Enterprise: Insolvency – A Second Chance*, The Insolvency Service, Cm 5234 (Londres : HMSO, 1999), p. 9.

<sup>162</sup> *Ibid.*, pp. 10 à 12. Et voir S. Frisby, "In Search of a Rescue Regime: The Enterprise Act 2002" (2004), 67 Mod. L. Rev. 247.

Ces propositions ont été mises en œuvre dans la *Enterprise Act, 2002*. La simplification de la procédure d'administration a été en partie accomplie en permettant à la société<sup>163</sup> ou au titulaire de la charge flottante<sup>164</sup> d'entamer le processus sans ordonnance judiciaire. De plus, les vœux du titulaire de la charge flottante l'emportent sur ceux de la société quant au choix de l'administrateur<sup>165</sup>. L'administrateur doit soumettre à l'ensemble des créanciers un énoncé des propositions permettant la réalisation de l'objectif visé et obtenir leur consentement. Toutefois, il n'est pas tenu de le faire s'il croit que la société dispose des ressources nécessaires pour qu'un montant puisse être distribué aux créanciers non garantis<sup>166</sup>. Les créanciers non garantis qui n'ont aucun intérêt tangible dans les procédures d'insolvabilité n'ont donc plus droit de parole quant à la direction de l'administration.

Les mises sous séquestre administratives ont été effectivement abolies pour la plupart des types d'insolvabilités commerciales, mais la restriction s'appliquait uniquement aux cas dans lesquels la charge flottante était accordée après le 15 septembre 2003.

#### G) La littérature théorique et économique

Il existe énormément de littérature théorique et économique dans le domaine du droit de la faillite et du droit de la réorganisation, mais il en existe beaucoup moins dans le domaine des mises sous séquestre. La littérature existante révèle trois grands courants. Selon le premier, une distinction est faite entre le droit de priorité et le droit de contrôle qui sont conférés au créancier garanti. Le deuxième courant porte sur l'analyse de l'exercice du droit de contrôle en tant que mécanisme de destitution du gérant. Le troisième courant est axé sur l'examen de l'attribution des droits de contrôle et sur la question de savoir s'il est préférable d'utiliser un recours collectif ou une procédure menée par un créancier garanti dominant. L'examen est presque toujours uniquement axé sur une analyse du cas du séquestre privé, ce qui montre bien qu'à l'extérieur du Canada, il est rare que l'on ait recours aux mises sous séquestre judiciaires et que les mises sous séquestre privées sont la norme.

##### 1) Crédit garanti, droits de priorité et droits de contrôle

Le contrat de garantie confère trois genres de droits au créancier garanti<sup>167</sup>. Premièrement, le créancier garanti obtient un droit de priorité, de sorte qu'il a droit à ce que le produit du bien donné en garantie soit utilisé aux fins du remboursement de l'obligation, ce qui a pour effet d'éviter d'avoir à répartir au prorata le produit entre les

---

<sup>163</sup> *Insolvency Act, 1986*, Schedule B1, par. 22.

<sup>164</sup> *Ibid.*, par. 14.

<sup>165</sup> Voir J. Armour et R. Mokal, "Reforming the Governance of Corporate Rescue: The Enterprise Act 2002" [2005] L.M.C.L.Q. 28, pp. 32 à 34.

<sup>166</sup> *Insolvency Act, 1986*, Schedule B1, par. 52(1). Et voir Armour & Mokal, *ibid.*, pp. 37 et 38.

<sup>167</sup> R.C.C. Cuming, C. Walsh & R.J. Wood, *Personal Property Security Law* (Toronto: Irwin, 2005), p. 1.

créanciers non garantis ordinaires comme c'est habituellement le cas. Deuxièmement, le créancier garanti obtient le droit de suite, c'est-à-dire qu'il peut suivre l'élément d'actif entre les mains d'un tiers qui l'a acquis du débiteur. Il s'agit d'un droit précieux, en partie parce qu'il permet effectivement au créancier garanti de restreindre l'utilisation des actifs par le débiteur<sup>168</sup>. Troisièmement, le créancier garanti obtient un droit d'exécution qui lui confère des droits supérieurs d'exécution sur le bien donné en garantie en cas de manquement. Étant donné que le droit d'exécution confère au créancier garanti le droit d'exercer un contrôle sur l'aliénation du bien donné en garantie, il est également désigné sous le nom de droit de contrôle.

Une bonne partie de la littérature théorique antérieure portant sur le droit en matière de crédit garanti mettait l'accent sur l'importance du droit de priorité du créancier garanti. La question cruciale se rapportait à l'efficacité du crédit garanti. L'institution du crédit garanti a eu pour effet d'atténuer les risques associés aux prêts consentis par les créanciers garantis, mais elle a également eu pour effet d'accroître les risques auxquels sont exposés les créanciers non garantis. Un certain nombre de théories ont été élaborées en vue de tenter de démontrer l'efficacité du crédit garanti<sup>169</sup>. Ainsi, selon les théories axées sur la surveillance, le crédit garanti était efficace parce qu'il réduisait, pour les créanciers garantis, les coûts associés à la surveillance des engagements empêchant le débiteur de vendre des actifs à des tiers ou d'obtenir des prêts subséquents de rang supérieur ou égal à celui du créancier<sup>170</sup>, ou qu'il éliminait la nécessité pour chaque créancier d'assurer la surveillance en incitant uniquement le créancier de rang supérieur à le faire<sup>171</sup>. Selon un point de vue contraire, le crédit garanti n'était pas efficace et il entraînait une redistribution de la richesse de créanciers non avertis ou de créanciers involontaires qui n'étaient pas en mesure d'ajuster les conditions de crédit<sup>172</sup>.

Récemment, certains chercheurs ont cessé de s'intéresser uniquement au droit de priorité et se sont penchés sur l'importance du droit de contrôle reconnu au créancier garanti<sup>173</sup>. Au départ, on ne s'était pas arrêté à la question, en partie parce que, selon le droit américain de la faillite, le créancier garanti ne pouvait pas se prévaloir de ce droit dans des procédures d'insolvabilité. Il a par la suite été reconnu qu'aux États-Unis, les créanciers garantis peuvent indirectement exercer un droit de contrôle dans les

<sup>168</sup> J. Westbrook, "The Control of Wealth in Bankruptcy" (2004), 82 Texas L. Rev. 795, pp. 807 à 810.

<sup>169</sup> Pour un examen exhaustif des diverses théories, voir N. Siebrasse, "A Review of Secured Lending Theory" (1997) <http://law.unb.ca/Siebrasse/Download/Secured%20%20Lending%20Theory.PDF>. Voir également J. Armour, "The Law and Economics Debate About Secured Lending: Lessons for European Lawmaking?" (2008) 5 European Company and Financial Law Review 3.

<sup>170</sup> Un créancier garanti pourrait exercer son droit de suivre l'élément d'actif entre les mains d'un tiers si le débiteur a conclu une vente non autorisée du bien donné en garantie. Voir C.W. Smith et J.B. Warner, "On Financial Contracting: An Analysis of Bond Covenants" (1979), 7 J. Fin. Econ. 117.

<sup>171</sup> S. Levmore, "Monitors and Freerider in Commercial and Corporate Settings" (1992) Yale L. J. 49.

<sup>172</sup> Voir L. LoPucki, "The Unsecured Creditor's Bargain" (1994), 80 Va. L. Rev. 1887; L.A. Bebchuk et J.M. Fried, "The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy" (1996), 105 Yale L.J. 857.

<sup>173</sup> D.G. Baird & R. Rasmussen (2001), "Control Rights, Priority Rights, and the Conceptual Foundations of Corporate Reorganizations" (2001), 87 Va. L. Rev. 921; Westbrook, *supra*, note 168, pp. 806 à 820; J. Armour et S. Frisby, "Rethinking Receivership" (2001) 21 Oxford Journal of Legal Studies 73, pp. 86 à 91.

procédures d'insolvabilité<sup>174</sup>, et que les créanciers d'autres pays possèdent un droit de contrôle fort étendu puisqu'ils peuvent nommer un séquestre et que ce pouvoir l'emporte sur les procédures d'insolvabilité entamées par d'autres créanciers<sup>175</sup>.

## 2) La destitution du directeur dont le rendement n'est pas satisfaisant

Un certain nombre de commentateurs ont examiné le rôle de la dette lorsqu'il s'agit d'assurer la maximisation, par un directeur, de la valeur de l'entreprise<sup>176</sup>. Les travaux de John Armour et de Sandra Frisby sont utiles, en ce sens que la littérature théorique et économique y est expressément examinée dans le contexte du droit des mises sous séquestre<sup>177</sup>.

La dette oblige les directeurs d'entreprises à faire preuve de discipline en les incitant à chercher avant tout à maximiser la valeur de l'entreprise plutôt qu'à utiliser leur poste en vue de promouvoir leurs propres intérêts<sup>178</sup>, et ce, en conférant aux créanciers le pouvoir de destituer les directeurs dont le rendement n'est pas satisfaisant<sup>179</sup>. Les créanciers peuvent organiser les ententes qu'ils concluent de façon à être en mesure de retirer aux directeurs le contrôle de l'entreprise, mais cette mesure ne sera efficace que si les créanciers sont effectivement en mesure de surveiller les activités du débiteur afin de déterminer s'il y a eu manquement aux conditions de l'entente. La dette peut également obliger les directeurs d'une entreprise à faire preuve de discipline à la suite d'un manquement. Le créancier doit choisir entre la vente des actifs et la négociation d'une transaction avec le débiteur. Si le rendement des directeurs n'est pas satisfaisant ou si les actifs ne sont pas utilisés de façon à assurer la meilleure valeur, le créancier ne consentira pas à une transaction.

La capacité du créancier d'exercer son droit de destitution est toutefois assujettie à un certain nombre de restrictions<sup>180</sup>. Premièrement, l'obtention de renseignements coûte fort cher, et l'exécution entraînera souvent une perte de valeur des actifs de l'entreprise. Lorsqu'un grand nombre de créanciers sont en cause, il se pose un problème de recours collectif. Chaque créancier aura tendance à ne pas faire d'efforts suffisants pour rassembler les renseignements et cherchera à s'en remettre aux autres créanciers. En

---

<sup>174</sup> D.G. Baird & R. Rasmussen, "The End of Bankruptcy" (2002), 55 *Stan. L. Rev.* 751; D.G. Baird & R. Rasmussen, "Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance" (2005), 154 *U. Pa. L. Rev.* 1209.

<sup>175</sup> Armour & Frisby, *supra*, note 173, pp. 86 à 91.

<sup>176</sup> Voir M. Jensen & W. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs, and Ownership Structure" (1976) *J. Fin. Econ.* 305; G. Triantis, "The Interplay Between Liquidation and Reorganization in Bankruptcy: The Role of Screens, Gatekeepers and Guillotines" (1997), 16 *Int'l Rev. Law & Econ.* 101; G. Triantis & R. Daniels, "The Role of Debt in Interactive Corporate Governance" (1995), 83 *Calif. L. Rev.* 1073.

<sup>177</sup> Armour & Frisby, *supra*, note 173.

<sup>178</sup> *Ibid.*, pp. 79 à 82.

<sup>179</sup> Voir F.H. Buckley, "The Canadian Private Receivership", dans *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, J. Ziegel éd. (Oxford, Clarendon, 1994) 473.

<sup>180</sup> Armour & Frisby, *supra*, note 173, pp. 82 à 86.

outre, plus il y a d'intéressés en cause, plus il est difficile de négocier un arrangement volontaire<sup>181</sup>.

Le droit de l'insolvabilité met en place des mesures qui réduisent ces problèmes à la suite d'un manquement. Les procédures d'insolvabilité sont de nature collective, ce qui permet d'éviter des coûts d'exécution en double lorsqu'un grand nombre de créanciers sont en cause et d'empêcher la course aux actifs qui peut survenir en cas de manquement, laquelle entraînerait une réduction de valeur. Le droit de la réorganisation crée un environnement dans lequel il est moins difficile de négocier un arrangement avec de multiples créanciers. Ces mesures réduisent le coût de l'exécution à la suite d'un manquement, mais elles ne mettent pas pour autant fin aux difficultés que présente l'obtention de renseignements avant qu'il y ait eu manquement.

Il est possible de réduire les coûts associés à la collecte de renseignements lorsqu'un créancier dominant est en cause. La banque qui accorde le crédit à l'exploitation permettant à l'entreprise de rembourser les autres créanciers est davantage portée à assurer une surveillance et est en mesure de déclencher un défaut si les directeurs ne peuvent pas ou ne veulent pas maximiser la valeur de l'entreprise<sup>182</sup>. Cette intervention, faite en temps opportun par le créancier dominant, sera avantageuse pour tous les créanciers.

La capacité pour un créancier garanti de nommer un séquestre constitue à maints égards un régime d'insolvabilité "privatisé" mis à la disposition du créancier dominant qui obtient un contrat de garantie lui accordant le droit de contrôle nécessaire<sup>183</sup>. Il n'est pas nécessaire de suspendre les procédures étant donné que, par suite du droit de priorité qui est conféré au créancier garanti, il est inutile pour les créanciers non garantis de chercher à prendre des mesures d'exécution sur les actifs. Le coût de l'exécution est également moindre du fait que le créancier garanti détient une sûreté sur tous les actifs, de sorte que le séquestre peut vendre les actifs de l'entreprise en tant qu'entreprise active<sup>184</sup>. En outre, étant donné que le séquestre agit à titre de mandataire de la société à l'égard des contrats postérieurs à sa nomination, la société peut continuer à être exploitée en tant qu'entreprise active tant qu'elle n'est pas vendue.

### 3) La préséance des régimes d'insolvabilité sur le droit de contrôle

Le droit des mises sous séquestre constitue un régime d'insolvabilité privatisé. Il confère au créancier garanti un pouvoir de contrôle étendu qui réduit le coût d'exécution en permettant la vente d'une entreprise en tant qu'entreprise active. Le droit de priorité du créancier garanti dissuade les autres créanciers de se livrer à une course à l'exécution qui entraînerait une diminution de la valeur des actifs. Cela étant, on se trouve à régler un

<sup>181</sup> Voir Wood, *supra*, note 3, pp. 308 et 309.

<sup>182</sup> Voir également D.G. Baird & R. Rasmussen, "Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance" (2005), 154 U. Pa. L. Rev. 1209.

<sup>183</sup> Armour & Frisby, *supra*, note 173, p. 87.

<sup>184</sup> Westbrook, *supra*, note 168, pp. 810 à 813.

grand nombre de questions primordiales qui se posent dans le droit de l'insolvabilité<sup>185</sup>. Toutefois, il existe une différence cruciale. Le droit de l'insolvabilité prévoit un régime collectif d'exécution de la part des créanciers, alors que le droit des mises sous séquestre prévoit un régime d'exécution privé qui est avant tout conçu au profit du créancier garanti. Le séquestre privé agit dans l'intérêt du créancier garanti et non dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers.

Il se pose donc une question fondamentale. Quel est l'effet des procédures d'insolvabilité traditionnelles sur la capacité du créancier garanti d'exercer ce droit de contrôle? La réponse varie grandement d'un ressort à l'autre. La position anglaise classique, avant l'abolition des mises sous séquestre administratives, était que le droit de contrôle du créancier garanti l'emportait sur les procédures d'insolvabilité collectives. Telle est également la position adoptée en Australie et en Nouvelle-Zélande. Le créancier garanti peut donc mettre son veto aux procédures de liquidation ou de réorganisation au moyen de la nomination d'un séquestre, par opposition à la situation qui existe aux États-Unis, où le créancier garanti perdait son droit de contrôle, mais conservait son droit de priorité dans les procédures de faillite<sup>186</sup>.

La situation, au Canada, se situe entre ces deux extrêmes. Le droit de contrôle peut être exercé dans les procédures de faillite, mais non dans les procédures de réorganisation. Le créancier garanti peut donc effectivement mettre son veto à la liquidation dans le cadre d'une faillite, mais non aux procédures de réorganisation. Dans le cas d'une réorganisation effectuée en vertu des dispositions concernant les propositions commerciales de la LFI, le créancier garanti ne perd pas son droit de contrôle si des mesures d'exécution sont prises avant le début des procédures de réorganisation<sup>187</sup>.

Il s'agit essentiellement de savoir si les procédures d'insolvabilité doivent l'emporter sur le droit de contrôle du créancier garanti. Dans la négative, le créancier garanti aura le droit de mettre son veto aux procédures d'insolvabilité, et pourra prendre, dans son propre intérêt, des mesures d'exécution sur le bien donné en garantie.

Le professeur Mokal affirme que les mises sous séquestre administratives étaient dommageables et qu'il a été décidé avec raison de les abolir en Angleterre<sup>188</sup>. Étant donné qu'il a uniquement à tenir compte des intérêts du créancier garanti qui a procédé à sa nomination, le séquestre peut décider de liquider une société qui aurait pu faire l'objet d'un redressement. La vente des actifs de la société active peut être un choix moins valable si le marché n'est pas liquide ou lorsque les propriétaires existants possèdent une expertise propre à l'entreprise. Ce problème est particulièrement aigu lorsque le créancier garanti détient une garantie qui est plus que suffisante. Le créancier garanti voudra retirer son argent dans les plus brefs délais. Cela peut se produire même lorsque le créancier

<sup>185</sup> Voir Wood, *supra*, note 3, pp. 2 à 4.

<sup>186</sup> Toutefois, même aux États-Unis, le créancier garanti qui détient une sûreté sur tous les actifs du débiteur peut exercer un certain contrôle parce que, en raison de l'absence d'actifs non grevés, il est plus difficile pour le débiteur d'obtenir le financement provisoire nécessaire pour entamer les procédures de réorganisation. Voir Westbrook, *supra*, note 168, p. 816.

<sup>187</sup> LFI, par. 69(2) et 69.1(2).

<sup>188</sup> R.J. Mokal, *Corporate Insolvency Law* (Oxford: OUP, 2005), pp. 208 à 224.

garanti ne détient pas une garantie suffisante, étant donné que le créancier garanti peut se fonder sur les assurances personnelles des administrateurs ou de sociétés liées. Le professeur Mokal fait également valoir que le coût des exécutions effectuées par les séquestres est relativement élevé et que dans les cas où le créancier garanti recouvre tout son argent, les coûts sont supportés par des créanciers de rang inférieur. Voici ce que le professeur Mokal conclut<sup>189</sup> :

[TRADUCTION]

La mise sous séquestre administrative donnait lieu à de la spoliation puisqu'elle faisait passer les coûts des entreprises chancelantes à ceux qui étaient le moins en mesure de protéger leurs intérêts, qu'elle était conçue de façon à miner la valeur sociale en fermant des sociétés et des entreprises qui faisaient face à des difficultés mais qui étaient essentiellement viables, qu'elle entraînait du gaspillage par suite de la hausse inutile des coûts, et qu'il s'agissait d'une mesure oppressive du fait qu'il n'existait aucun droit utile permettant d'obliger le séquestre à rendre compte à la plupart des personnes dont les intérêts et les biens étaient sous son contrôle. Ce n'est donc pas une grande perte pour le système juridique.

#### H) La disponibilité de données empiriques au Canada

##### 1. Les données du Bureau du surintendant des faillites

La LFI impose aux séquestres judiciaires ainsi qu'aux séquestres privés un certain nombre d'obligations de faire rapport. Le séquestre doit établir une déclaration contenant les renseignements suivants<sup>190</sup> :

- le nom du séquestre et la date de sa nomination;
- une description des biens et de leur valeur comptable, répartis dans les catégories suivantes : stocks, comptes à recevoir et autres actifs;
- la date de prise de possession et de contrôle des biens par le séquestre;
- les détails du contrat de garantie ou de l'ordonnance judiciaire par lesquels le séquestre a été nommé;
- l'adresse du débiteur et le principal secteur d'activités du débiteur;
- le nom de chaque créancier et le montant de sa réclamation;
- le plan d'action que le séquestre entend suivre, s'il a établi un tel plan;
- la personne contact pour le séquestre.

Le séquestre doit également établir des rapports provisoires au moins tous les six mois et un rapport définitif renfermant un état des recettes et des débours<sup>191</sup>. Les données recueillies par le Bureau du surintendant des faillites (le BSF) peuvent être utilisées afin

---

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>190</sup> LFI, par. 246(1); *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, DORS/98-240, art. 125.

<sup>191</sup> LFI, par. 246(2) et (3); *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, DORS/98-240, art. 126 et 127.

de connaître le nombre total de mises sous séquestre et le pourcentage de mises sous séquestres qui ont fait l'objet de nominations judiciaires plutôt que de nominations privées.

## 2. Études empiriques des mises sous séquestre

Il n'existe au Canada aucune étude empirique récente sur les mises sous séquestre. En Angleterre, l'effet que l'abolition du séquestre administratif et son remplacement par le régime d'administration ont eu sur le rendement obtenu par diverses catégories de créanciers a été examiné dans un certain nombre d'études empiriques. Il a été constaté que les créanciers garantis s'en tiraient au moins aussi bien en vertu du nouveau régime d'administration que lorsqu'ils étaient assujettis au régime de mise sous séquestre administrative<sup>192</sup>, et qu'ils choisissaient bien souvent volontairement l'administration, et ce, bien qu'ils aient probablement pu l'empêcher du fait qu'ils détenaient une charge flottante acquise avant le 15 septembre 2003<sup>193</sup>.

## 3. Les données nécessaires en vue de recherches empiriques futures

L'une des principales questions qui se pose dans ce domaine, pour ce qui est de la recherche, se rapporte à la mesure dans laquelle les réclamations des créanciers garantis sont réglées au complet à la suite de la nomination d'un séquestre privé. L'abolition de fait des mises sous séquestre au Royaume-Uni était fondée sur ce que l'on croyait que les mises sous séquestre avaient tendance à annuler la valeur dont les créanciers non garantis auraient par ailleurs pu se prévaloir. L'examen de la littérature théorique indique également qu'il s'agit d'une considération cruciale dans la conception des régimes d'insolvabilité. Ce risque est grandement atténué si le créancier garanti ne détient pas une garantie suffisante puisque toute perte est supportée uniquement par celui-ci. Le créancier garanti est fortement porté à maximiser le recouvrement, au moment de l'exécution, en maximisant le produit de la vente et en réduisant au minimum les coûts d'exécution, étant donné qu'il est le seul à tirer parti de ces efforts. Le créancier garanti ne sera pas porté à le faire si sa garantie est plus que suffisante. En effet, le créancier garanti qui détient une garantie suffisante peut tenter d'exercer son contrôle sur la procédure d'exécution afin d'assurer une vente rapide et un recouvrement immédiat, et il ne cherchera pas trop à restreindre les coûts d'exécution, étant donné que ces coûts seront en fait supportés par les créanciers non garantis.

Pour se rendre compte de l'étendue du problème, il faudrait rassembler des données concernant les distributions aux créanciers garantis lorsqu'un séquestre privé est nommé.

---

<sup>192</sup> S. Frisby, *Interim Report on Returns to Creditors from Pre- and Post-Enterprise Act Procedures*, Insolvency Service (24 juillet 2007) Disponible à :

<http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/research/returntoCreditors.pdf> ; J. Armour, A. Hsu et A.J. Walters, "Corporate Insolvency in the United Kingdom: the Impact of the Enterprise Act 2002" (2008), 5 *European Company and Financial Law Review* 135.

<sup>193</sup> Frisby, *ibid.*

Il semble être possible, à l'heure actuelle, d'obtenir ces données à l'aide des renseignements recueillis par le BSF. En effet, le séquestre doit fournir le nom de chaque créancier et le montant de sa réclamation. Il doit également établir un rapport final renfermant un état des recettes et des débours. Il est possible de savoir, grâce à ces renseignements, si la réclamation d'un créancier garanti sera réglée au complet. Il serait également possible de comparer ces données et les résultats obtenus lors de recouvrements effectués dans le cadre de mises sous séquestre judiciaires. Cela pourrait servir à déterminer si ce type de mise sous séquestre est davantage susceptible d'assurer le recouvrement pour les autres créanciers.

## I) Un cadre de réglementation des mises sous séquestre au Canada

### 1) Les buts et objectifs du droit des mises sous séquestre

L'objectif traditionnel du séquestre était de préserver et de protéger les intérêts des personnes qui détenaient une sûreté sur les actifs du débiteur. Cet objectif était accompli de trois façons<sup>194</sup>. Premièrement, la nomination du séquestre met fin au pouvoir que possèdent les administrateurs ou les autres directeurs de superviser les affaires de la société débitrice. Le séquestre assume la possession et le contrôle de l'entreprise. La nomination du séquestre permet donc de remplacer rapidement les directeurs d'une entreprise insolvable par un personnel plus compétent. Le créancier garanti n'obtient pas le droit de contrôler les activités commerciales du débiteur. C'est le séquestre qui possède le pouvoir de gestion, et toute tentative de la part d'un créancier garanti de s'ingérer dans les prises de décisions du séquestre peut engager sa responsabilité à l'égard des mesures prises par celui-ci<sup>195</sup>. Deuxièmement, le séquestre est autorisé à réaliser le bien qui a été donné en garantie au moyen de la vente des actifs et de la perception des comptes. Troisièmement, la nomination du séquestre permet de vendre l'entreprise en tant qu'entreprise active, de sorte que le montant réalisé sera plus élevé que dans le cas de la vente fragmentée des actifs au moyen d'une liquidation.

### 2) Les motifs d'intervention légale

Il ressort de l'examen comparatif de la réglementation des mises sous séquestre dans un certain nombre de ressorts du Commonwealth qu'il existe une tendance commune dans les approches adoptées en matière de réglementation. L'une des principales préoccupations est liée au fait que le séquestre privé ne tiendra pas suffisamment compte des autres personnes dont les intérêts sont touchés par suite de la mise sous séquestre. Dans la plupart des ressorts, on a tenté de résoudre ce problème en modifiant les obligations qui incombent au séquestre, quoique la manière précise d'y arriver ne soit pas uniforme. En Angleterre, on a adopté une approche plus radicale en abolissant de fait les mises sous séquestre et en utilisant plutôt le processus d'administration dans le cadre duquel le professionnel de l'insolvabilité assume le contrôle de l'entreprise et détermine

<sup>194</sup> Voir Wood, *supra*, note 3, pp. 467 à 469.

<sup>195</sup> *American Express International Banking Corp. v. Hurley*, [1985] 3 All E.R. 564 (D.B.R.).

si le redressement de l'entreprise est réalisable. Dans la négative, le professionnel de l'insolvabilité qui assure l'administration tentera de maximiser le recouvrement pour tous les créanciers.

Ces approches réglementaires, à divers degrés, mettent en place certaines mesures en vue de fournir aux créanciers et aux autres intéressés des renseignements sur les affaires financières de l'entreprise et sur les actions du séquestre. Elles permettent également à ces autres intéressés de s'adresser au tribunal pour faire connaître leurs préoccupations et confèrent au tribunal la compétence voulue pour surveiller la conduite des mises sous séquestre. Ces réformes concernaient principalement le séquestre privé, étant donné que le séquestre judiciaire était déjà un officier du tribunal qui relevait de celui-ci. Un autre type de problème qui se pose est celui de l'efficacité des mises sous séquestre. Des mesures ont été adoptées pour faire en sorte que les personnes qui agissent comme séquestre aient la formation et les qualités nécessaires et qu'elles ne se placent pas dans une situation où il existe une possibilité de conclure des opérations intéressées ou dans une situation de conflit d'intérêts. Un autre aspect de l'approche réglementaire se rapporte aux opérations effectuées entre le séquestre et des tiers après le début de la mise sous séquestre. L'objectif dans ce cas-ci est de faire en sorte que les procédures de mise sous séquestre ne nuisent pas aux tiers qui traitent avec le séquestre après le début de la mise sous séquestre.

### 3) Problèmes associés au contrôle exercé par le créancier garanti sur le processus d'insolvabilité

Les mises sous séquestre constituent un mécanisme efficace grâce auquel les créanciers garantis peuvent remplacer les directeurs d'une entreprise dont le rendement n'est pas satisfaisant. Toutefois, en accordant au créancier garanti le contrôle du processus d'insolvabilité, on risque des ventes rapides, des recouvrements qui sont loin d'être optimaux et un gonflement des coûts dans les cas où le créancier garanti dispose d'une garantie complète. Au Royaume-Uni, l'abolition des mises sous séquestre et leur remplacement par le régime d'administration visait à remédier directement à la situation.

Il est peu probable que l'approche radicale adoptée au Royaume-Uni puisse être transplantée avec succès au Canada. La solution, au Royaume-Uni, consistait à remplacer les séquestres administratifs par un processus d'administration dans le cadre duquel les professionnels de l'insolvabilité assumeraient le contrôle de l'entreprise et procéderaient à une évaluation indépendante de l'entreprise faisant face à des difficultés financières. Le régime d'administration offre un point d'accès unique permettant au professionnel de l'insolvabilité, après avoir consulté les créanciers, de choisir entre la vente de l'entreprise en tant qu'entreprise active ou un arrangement avec les créanciers, compte tenu de la solution qui convient le mieux. Contrairement à ce qui est le cas dans les autres pays du Commonwealth, le système canadien de réorganisation est fondé sur l'idée selon laquelle la possession est accordée au débiteur plutôt qu'au professionnel de l'insolvabilité, de sorte qu'il est fort difficile d'adopter le modèle anglais, dans lequel c'est le professionnel de l'insolvabilité qui exerce le contrôle et qui décide de la solution à adopter.

Cela ne veut pas pour autant dire que les réformes, au Royaume-Uni, ne sont d'aucun intérêt ni d'aucune importance. Ces réformes visaient directement à remédier aux lacunes constatées des mises sous séquestre privées. Un régime qui accordait au créancier garanti le contrôle du processus d'insolvabilité a été remplacé par un régime dans le cadre duquel le professionnel de l'insolvabilité était tenu d'agir dans l'intérêt de tous les créanciers. Il est fort peu probable que le législateur canadien ait intérêt à remplacer les régimes actuels de redressement des entreprises dans lesquels la possession est accordée au débiteur par un régime d'administration dans lequel la possession est accordée au professionnel de l'insolvabilité; il existe toutefois une approche moins radicale.

L'obligation de l'administrateur envers les créanciers non garantis est semblable à l'obligation imposée au séquestre judiciaire. Dans les deux cas, il s'agit de tenir compte des intérêts de tous les créanciers et de ne pas se vouer exclusivement aux intérêts du créancier garanti. Il serait possible d'abolir tout simplement la nomination privée des séquestres, mais cette solution va trop loin. Les mises sous séquestre judiciaires sont plus coûteuses, de sorte qu'elles entraîneraient une augmentation des coûts sans produire d'avantages dans les cas où il n'existe aucune possibilité raisonnable d'obtenir un surplus à remettre aux créanciers non garantis. Compte tenu de l'augmentation des coûts, on aurait probablement moins recours à cette solution lorsque de petites entreprises sont en cause, ce qui pourrait empêcher la vente de l'entreprise en tant qu'entreprise active.

Une meilleure approche consiste à modifier l'obligation qui incombe au séquestre privé, de façon à exiger qu'il tienne compte des intérêts de tous les créanciers, et qu'il assure le meilleur recouvrement possible, et ce, même si la chose peut retarder la vente. Bien sûr, le séquestre qui a conclu qu'il n'est pas raisonnablement possible que les créanciers non garantis recouvrent quoi que ce soit ne serait pas obligé de tenir compte de leurs intérêts. Cette approche a été adoptée en Nouvelle-Zélande<sup>196</sup>. Elle est également conforme à l'orientation des réformes canadiennes, qui appliquent de plus en plus les mêmes règles aux deux types de mises sous séquestre. La chose aurait pour effet de dissiper toute incertitude qui règne à l'heure actuelle dans le droit, au Canada, en indiquant clairement que les obligations des séquestres privés sont essentiellement les mêmes que celles qui s'appliquent aux séquestres judiciaires.

Les tribunaux canadiens pourraient bien arriver à cette position en l'absence de modifications législatives. Il serait possible de soutenir que l'imposition au séquestre de l'obligation d'agir d'une manière raisonnable sur le plan commercial a donné lieu à une obligation de la part du séquestre de tenir compte des intérêts des autres créanciers ou réclamants<sup>197</sup>. De plus, on pourrait penser que le fait qu'un tribunal peut rendre le même genre d'ordonnances que celles qu'il peut rendre à l'égard des séquestres judiciaires crée un mécanisme grâce auquel cette obligation plus étendue pourrait plus facilement être exécutée. D'autre part, aucune conclusion de ce genre n'a encore été tirée dans une décision canadienne, et les décisions dans lesquelles sont sanctionnées les obligations différentes des séquestres en vertu des deux types de nominations continuent à être

---

<sup>196</sup> Voir *Receivership Act 1993*, par. 18(3).

<sup>197</sup> Voir Buckwold, *supra* note 1 pp. 296 à 300.

mentionnées. Il existe de l'incertitude, et il serait préférable d'énoncer en toutes lettres les obligations du séquestre.

La reformulation de l'obligation qui incombe au séquestre privé est une façon d'assurer qu'il soit rendu compte à tous les intéressés, mais il ne s'agit aucunement du seul mécanisme disponible. Le séquestre privé est nommé par le créancier garanti, et la possibilité de traiter à maintes reprises avec le créancier garanti (qui est habituellement une institution financière) peut également amener le séquestre à aligner ses intérêts sur ceux du créancier. Les créanciers non garantis ont peut-être le droit d'intenter contre le séquestre une action fondée sur un manquement à ses obligations, de demander au tribunal de remplacer le séquestre, ou de faire examiner la décision du séquestre par un tribunal, mais ces solutions coûtent cher. On devrait envisager d'établir un processus de gouvernance dans le cadre duquel le séquestre est obligé de soumettre la proposition à l'ensemble des créanciers et d'obtenir leur consentement<sup>198</sup>.

#### 4) La distinction entre les nominations privées et les nominations judiciaires

Les lois ont de plus en plus atténué la distinction traditionnelle qui existe entre les séquestres judiciaires et les séquestres privés. Ce phénomène n'est pas particulier au Canada – on peut le constater dans les lois d'autres ressorts de common law. Il arrive souvent que la réglementation légale des mises sous séquestre ne fasse pas de distinction entre les deux types de nomination, de sorte que la même obligation ou que la même règle s'applique dans les deux cas. Cela ne veut pas pour autant dire qu'il n'existe plus de différences majeures. Malgré les modifications effectuées par la loi, il reste encore un grand nombre de différences entre les séquestres judiciaires et les séquestres privés au point de vue juridique.

Il importe de soulever deux points quant à l'application des dispositions légales aux deux types de mises sous séquestre. En premier lieu, l'effet de ces réformes était principalement axé sur la réglementation du séquestre privé. À l'étranger, la chose est peut-être tout simplement attribuable au fait qu'il est assez rare que des séquestres judiciaires soient nommés. Au Canada, où la pratique des nominations judiciaires est plus courante, la chose est attribuable au fait que les problèmes qui se sont posés étaient principalement associés aux nominations privées – en particulier, le fait que le séquestre privé se voue aux intérêts du créancier garanti pour le compte duquel il a été nommé. En second lieu, ces réformes ont souvent eu pour effet de rehausser les obligations du séquestre privé ou les droits accordés aux créanciers, de façon qu'ils ressemblent davantage à ce qui est le cas lorsqu'un séquestre judiciaire est nommé. Ainsi, les créanciers se voient accorder le droit de demander au tribunal de rendre une ordonnance en vue de remplacer le séquestre ou de lui donner des directives. Ce recours a toujours été disponible dans le cas d'un séquestre judiciaire, mais il ne l'était pas lorsqu'un séquestre privé était nommé, et ce, tant que la loi ne l'a pas exigé.

---

<sup>198</sup> Voir l'examen dans Armour & Mokal, *supra*, note 165, p. 63.

On pourrait faire valoir avec raison que les deux courants devraient être ramenés à un seul. Les différences passées entre les séquestres privés et les séquestres judiciaires se sont effacées. L'étape finale de ce processus peut consister à créer un seul ensemble de règles de droit qui codifient les règles régissant les mises sous séquestre. Bien sûr, il existera encore quelques différences, attribuables au fait que le processus de nomination est différent. Toutefois, les règles fondamentales régissant les questions communes qui se posent à l'égard des mises sous séquestre devraient être les mêmes.

Considérons par exemple la situation des tiers qui concluent des contrats après la mise sous séquestre. La partie contractante possédera un droit d'action personnelle contre un séquestre judiciaire dans le cas où sa réclamation ne serait pas réglée. Toutefois, le séquestre privé agit à titre de mandataire de la société débitrice et n'engage donc aucunement sa responsabilité personnelle à l'égard des contrats conclus après la mise sous séquestre. Cette différence de traitement n'est pas souhaitable. Il n'est pas réaliste de s'attendre à ce que le tiers qui conclut un contrat avec un séquestre reconnaisse et comprenne la différence entre un séquestre judiciaire et un séquestre privé. La même règle devrait s'appliquer dans les deux cas. Telle est l'approche qui a été prise au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande. Dans ces pays, le séquestre privé engage sa responsabilité personnelle à l'égard de pareils contrats.

#### 5) L'harmonisation de la réglementation provinciale et de la réglementation fédérale

Le droit canadien des mises sous séquestre se distingue par une approche législative fort fragmentée. Contrairement aux autres ressorts dans lesquels les règles sont énoncées dans une seule loi, les dispositions qui réglementent les mises sous séquestre se trouvent ici et là dans différentes lois, d'où une plus grande complexité. Il y a énormément de chevauchement entre les dispositions légales, mais les termes employés dans les diverses dispositions ne sont pas identiques.

La législation sur les sociétés par actions de certaines provinces, mais non de toutes les provinces, et la législation fédérale concernant les sociétés par actions renferment un ensemble de dispositions qui réglementent les mises sous séquestre des sociétés régies par ces lois. La législation sur les sûretés mobilières renferme également des dispositions réglementant les mises sous séquestre. Ces dispositions ont été incluses à cause de la portée restreinte des dispositions relatives aux mises sous séquestre de la législation sur les sociétés par actions, qui ne s'appliquaient pas aux entités commerciales non constituées en personne morale ou aux sociétés qui n'étaient pas constituées en vertu de la législation sur les sociétés par actions. À ces dispositions viennent s'ajouter les dispositions relatives aux mises sous séquestre de la LFI. La réglementation fédérale des mises sous séquestre assure la réglementation des mises sous séquestre partout au Canada. Toutefois, les dispositions fédérales ont une portée restreinte, en ce sens qu'elles s'appliquent uniquement aux débiteurs insolubles. Cette restriction a sans aucun doute été ajoutée afin d'assurer que la réglementation fédérale des mises sous séquestre en vertu de la LFI relève des pouvoirs constitutionnels du législateur fédéral d'édicter des lois concernant la faillite et l'insolvabilité. De plus, il y a un certain nombre d'autres lois

qui s'appliquent aux mises sous séquestre. Ainsi, la législation provinciale sur les valeurs mobilières prévoit la nomination d'un séquestre lorsqu'une maison de courtage est en cause<sup>199</sup>, et la législation sur les sociétés par actions, tant fédérale que provinciale, confère aux tribunaux le pouvoir de nommer un séquestre en vertu du recours pour abus<sup>200</sup>.

Les difficultés associées à cette approche réglementaire sont illustrées dans les exemples suivants. Lorsque la mise sous séquestre met en cause une société insolvable qui est constituée en personne morale en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario<sup>201</sup> (la LSAO) et que le bien donné en garantie est un bien meuble, les dispositions relatives aux mises sous séquestre de la LSAO, de la LSM et de la LFI s'appliquent. Si le débiteur n'est pas une société régie par la LSAO, les dispositions relatives aux mises sous séquestre de la LSM et de la LFI s'appliquent. Si le débiteur n'est pas insolvable, les dispositions relatives aux mises sous séquestre de la LSAO et de la LSM s'appliquent. Si le bien donné en garantie est un bien-fonds, la LSAO et la LFI s'appliquent. Et si le débiteur n'est pas insolvable, s'il ne s'agit pas d'une société régie par la LSAO, et si le bien donné en garantie est un bien-fonds, aucune des dispositions légales ne s'applique.

Dans une certaine mesure, ce chevauchement et ce double emploi sont attribuables au système fédéral canadien. Toutefois, certaines mesures peuvent être prises en vue de réduire le chevauchement et la complexité du droit. En Saskatchewan, on a dans une certaine mesure réussi à le faire. Dans le document intitulé *Tentative Proposals for a New Personal Property Security Act*<sup>202</sup>, la Commission de réforme du droit de la Saskatchewan a exprimé l'avis selon lequel l'objectif est d'avoir [TRADUCTION] « un seul ensemble de règles intégrées en matière de mise sous séquestre ». Il a été donné suite à cette idée dans la *Personal Property Security Act, 1993* (la PPSA)<sup>203</sup>. Les dispositions relatives à la mise sous séquestre de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan ont été abrogées. La portée des dispositions concernant les mises sous séquestre de la PPSA a été élargie au moyen d'une modification corrélative, de sorte que les dispositions de la PPSA réglementant les mises sous séquestre s'appliquent aux mises sous séquestre qui ne seraient normalement pas visées par cette loi (telles que les mises sous séquestre qui s'appliquent uniquement aux biens-fonds ou aux séquestres judiciaires en vertu du recours pour abus<sup>204</sup>).

## 6) Le lien avec d'autres régimes d'insolvabilité

Une question fort controversable, en ce qui concerne le droit canadien de l'insolvabilité, est celle du recours aux plans de liquidation ou aux propositions commerciales. Le droit

<sup>199</sup> Voir, par exemple, *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 129.

<sup>200</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, al. 241(3)b); *Business Corporations Act* R.S.A. 2000, ch. B-9, al. 242(3)b).

<sup>201</sup> L.R.O. 1990, ch. B.16.

<sup>202</sup> (Décembre 1990), p. 234.

<sup>203</sup> S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 64.

<sup>204</sup> *Queen's Bench Act*, 1998, S.S. 1998, ch. Q-1.01, art. 76.

de la réorganisation était initialement considéré comme un processus par lequel une entreprise faisant face à des difficultés financières pouvait chercher à éviter la liquidation dans le cadre d'une faillite ou de procédures de mise sous séquestre. Le débiteur tentait de le faire en proposant de conclure une transaction ou un arrangement avec ses créanciers. Le droit de la réorganisation visait à créer un environnement facilitant ce type de négociation<sup>205</sup>. Les créanciers ne pouvaient pas exercer leurs recours en matière d'exécution pendant que le débiteur élaborait le plan, et les créanciers dissidents pouvaient être liés par un vote majoritaire des créanciers possédant des droits similaires<sup>206</sup>.

Le droit de la réorganisation a de plus en plus été utilisé en vue de permettre la vente d'une entreprise en tant qu'entreprise active<sup>207</sup>. Cette pratique est apparue pour un certain nombre de raisons. Dans une large mesure, elle était fondée sur la crainte qu'une responsabilité soit imposée au séquestre en vertu des dispositions législatives concernant l'employeur successeur. Le recours aux procédures de réorganisation dégageait le professionnel de l'insolvabilité de toute responsabilité puisque l'agent chargé de la surveillance ou le syndic dans le cadre d'une proposition commerciale ne prenait pas possession de l'entreprise et n'en assumait pas le contrôle. Il est fort possible que l'on ait moins recours aux procédures de réorganisation à cette fin lorsque les modifications apportées à la LFI entreront en vigueur. Ces modifications réduiront grandement le risque pour les professionnels de l'insolvabilité d'être tenus responsables des obligations contractées par le débiteur avant le début des procédures d'insolvabilité.

Le recours aux dispositions de liquidation de la LACC peut également être attribuable au désir de se prévaloir de certains avantages offerts par cette loi. Le choix peut résulter de la différence qui existe entre les règles quant à la priorité. Ainsi, conformément à une disposition de la LFI, les fournisseurs qui viennent de livrer des marchandises se voient conférer le droit d'en reprendre possession dans les trente jours. Ce droit n'existe pas dans les procédures de réorganisation. Il est par ailleurs possible d'avoir recours aux procédures fondées sur la LACC afin de se prévaloir du pouvoir discrétionnaire plus étendu que cette loi confère au tribunal lorsqu'il s'agit de rendre une ordonnance modifiant les droits de propriété ou les droits contractuels de tiers qui ont traité avec le débiteur. Ainsi, on a invoqué la LACC afin de solliciter une ordonnance en vue de la cession de contrats qui exigeraient habituellement le consentement de la contrepartie<sup>208</sup>.

En fin de compte, un choix est fait entre les différents régimes d'insolvabilité sur la base d'une différence quelconque entre les règles de fond accordant au créancier un avantage par rapport aux autres réclamants en cause dans les procédures d'insolvabilité. En principe, les règles qui influent sur les contrats et sur les droits de propriété de tiers ne

---

<sup>205</sup> Voir *Re Lehndorff General Partner Ltd* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Div. gén. Ont.).

<sup>206</sup> Voir Wood, *supra*, note 3, pp. 315 à 319.

<sup>207</sup> Voir B. Kaplan, "Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?" dans *Annual Review of Insolvency Law, 2008* (Toronto, Carswell, 2009) 79. Voir également *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.* (2008), 46 C.B.R. (5th) 7 (C.A. C.-B.) et *Re Nortel Networks Corp.* 2009 CarswellOnt 4467 (C.S.J. Ont.).

<sup>208</sup> Voir S. Fitzpatrick, "Liquidating CCAAs – Are We Praying to False Gods?" dans *Annual Review of Insolvency Law, 2008* (Toronto, Carswell, 2009) p. 33.

devraient pas être différentes d'un régime d'insolvabilité à l'autre à moins qu'il n'existe un motif impérieux justifiant un traitement spécial. Il arrive trop souvent que la différence entre les règles soit simplement attribuable à leurs origines historiques et ne soit pas fondée sur une évaluation du contexte contemporain dans lequel elles s'appliquent. Le droit de l'insolvabilité devrait si possible viser à réduire au minimum ces différences, de façon que les intéressés ne soient pas portés à se prévaloir d'une liquidation en vertu de la LACC afin de bénéficier de règles différentes<sup>209</sup>. Les règles relatives à la priorité devraient être les mêmes, à moins qu'une différence de traitement ne soit justifiable compte tenu des objectifs sous-tendant le régime d'insolvabilité en cause. En outre, si un tribunal se voit conférer certains pouvoirs à l'égard d'une liquidation fondée sur la LACC, il n'existe en principe aucune raison pour laquelle pareil pouvoir ne devrait pas lui être dévolu dans les cas de mise sous séquestre judiciaire.

## J) Conclusions

Une comparaison de la réglementation des mises sous séquestre au Canada et de celle d'autres pays du Commonwealth permet facilement de constater des préoccupations communes. L'objectif sous-jacent est de faire en sorte que les professionnels de l'insolvabilité rendent compte d'une façon appropriée aux créanciers, et de promouvoir la vente des entreprises en tant qu'entreprises actives, de façon à maximiser les recouvrements obtenus par les créanciers. Sur certains points, l'approche canadienne à la réglementation des mises sous séquestre offre le même degré de protection que celle qui est fournie dans d'autres ressorts du Commonwealth, ou même un degré de protection supérieur. En particulier, les exigences relatives aux qualités requises des séquestres, les exigences en matière de communication de renseignements, et les pouvoirs de surveillance que les tribunaux peuvent exercer sur les mises sous séquestre privées sont identiques ou supérieurs à ce qui existe dans d'autres ressorts.

Sur d'autres points, la réglementation légale des mises sous séquestre au Canada semble comporter des lacunes. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les pouvoirs des séquestres. Les dispositions canadiennes sont moins satisfaisantes sur trois points. Le premier point se rapporte à l'étendue de l'obligation du séquestre privé et à l'identité des personnes dont le séquestre doit protéger les intérêts. En common law, le séquestre privé était uniquement obligé de tenir compte des intérêts du créancier garanti qui l'avait nommé. Au Canada, il est loin d'être certain que cette position soit encore exacte. La législation canadienne en matière d'insolvabilité devrait préciser en toutes lettres que le séquestre a une obligation envers tous les créanciers et qu'il ne peut pas uniquement tenir compte de l'intérêt du créancier garanti qui a procédé à sa nomination.

Une deuxième question est celle de la situation juridique du séquestre privé en ce qui concerne les contrats conclus après la mise sous séquestre. Selon le point de vue traditionnel, le séquestre privé agit à titre de mandataire du débiteur et c'est donc le

---

<sup>209</sup> Voir T. Buckwold et R. Wood, "Priorities" dans *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c.47 and Beyond*, S. Ben-Ishai et A Duggan éd. (Markham, Lexis Nexis Canada, 2007) 101, pp. 142 et 143.

débiteur et non le séquestre privé qui engage sa responsabilité à l'égard des contrats conclus après la mise sous séquestre. Cette règle pose deux problèmes. En premier lieu, elle peut facilement causer de la confusion parmi les tiers. Si un séquestre judiciaire est en cause, le tiers possède un droit d'action contre celui-ci. Cependant, si un séquestre privé est en cause, le risque de perte est supporté par le tiers. En second lieu, cette règle permet au séquestre de privilégier la sûreté du créancier garanti, et ce, aux dépens des tiers qui traitent avec lui. En Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande, la situation a changé par suite de l'adoption de certaines dispositions légales. Une règle similaire devrait être édictée au Canada. Le résultat final serait que les séquestres, tant privés que judiciaires, seraient tenus responsables à l'égard des contrats conclus après la mise sous séquestre.

Le troisième objet de préoccupation se rapporte à l'effet des procédures de faillite sur les pouvoirs des séquestres privés. Le pouvoir que possède le séquestre privé d'exploiter l'entreprise et d'exécuter les contrats existants émane de la clause relative au mandat présumé figurant dans le contrat de garantie. Toutefois, tous les actifs du débiteur sont dévolus au syndic de faillite, et le débiteur ne possède plus le pouvoir d'effectuer des opérations à l'égard de ces actifs. Cela veut dire que le séquestre privé est personnellement responsable des nouveaux contrats et qu'il ne peut pas exécuter un contrat existant sans l'aide du syndic de faillite. Il est possible que cette situation ait en partie été modifiée au Canada. La loi fédérale et les lois provinciales sur les sociétés par actions prévoient que le séquestre est autorisé à continuer l'exploitation de l'entreprise du débiteur. Toutefois, on ne sait pas trop si ces dispositions seront interprétées comme préservant ce pouvoir une fois entamées les procédures de faillite. En outre, ces dispositions légales s'appliquent uniquement aux mises sous séquestre de sociétés qui sont régies par la législation sur les sociétés par actions, et ne s'appliquent pas aux autres entités. Une solution possible est que la législation fédérale en matière d'insolvabilité confère expressément certains pouvoirs aux séquestres.

Il serait possible d'effectuer ces changements en apportant une légère modification à la loi sans toutefois changer quoi que ce soit à la structure fondamentale du droit des mises sous séquestre. Les autres problèmes qui ont été décelés ne sont pas faciles à résoudre. La création d'un seul ensemble de règles de droit en matière de mise sous séquestre, s'appliquant tant aux séquestres judiciaires qu'aux séquestres privés, exigerait fort probablement l'adoption d'une loi codificatrice. La législation, en Australie et en Nouvelle-Zélande, pourrait servir de modèle à ce type d'approche<sup>210</sup>. Les problèmes associés au chevauchement des régimes législatifs fédéral et provinciaux pourraient être réglés au moyen des efforts de réforme du droit de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. L'objectif serait de produire une seule loi renfermant un énoncé complet et exhaustif des règles et principes juridiques applicables aux mises sous séquestre.

En formulant ces règles, il faut veiller à ce qu'elles ne soient pas incompatibles avec les règles qui s'appliquent à d'autres régimes d'insolvabilité. En principe, les règles qui

---

<sup>210</sup> Ces lois ne constituent pas un code complet, mais elles ont une portée plus exhaustive que les lois canadiennes.

influent sur les contrats et sur les droits de propriété de tiers ne devraient pas différer d'un régime d'insolvabilité à l'autre, à moins qu'il n'existe un motif impérieux justifiant un traitement particulier. Les différences qui existent d'un régime d'insolvabilité à l'autre encouragent la personne concernée à se lancer à la recherche d'un régime qui lui procurerait un avantage spécial<sup>211</sup>. Cela voudrait dire que les pouvoirs des séquestres devraient être élargis, de façon que le tribunal soit en mesure de rendre le même genre d'ordonnances que celles qu'il peut rendre dans le cadre des procédures de réorganisation qui entraînent la vente de l'entreprise en tant qu'entreprise active. Ainsi, le tribunal, dans les procédures de mise sous séquestre, devrait être en mesure de rendre, en ce qui concerne la cession de droits qui sont assujettis à une disposition de non-cession, le même genre d'ordonnances que celles qu'il peut rendre dans les procédures de faillite ou dans les procédures de réorganisation<sup>212</sup>.

Il est maintenant temps de songer minutieusement aux objectifs et buts du droit canadien des mises sous séquestre, et à la façon dont il s'inscrit dans nos autres régimes d'insolvabilité commerciale. Nous ne devrions pas nous contenter de l'amas actuel de réformes légales ponctuelles et fragmentées. La dichotomie historique entre les séquestres privés et les séquestres judiciaires ne devrait plus dicter les différentes règles qui s'appliquent à ces deux types de mises sous séquestre. Nous devrions reconnaître que les mises sous séquestre constituent un genre de régime d'insolvabilité, et que les professionnels de l'insolvabilité qui exercent les fonctions de séquestre devraient agir dans l'intérêt de tous les créanciers. La capacité de nommer un séquestre ne devrait plus être considérée comme constituant simplement une mesure d'exécution mise à la disposition du créancier garanti. Les mises sous séquestre fournissent un mécanisme efficace permettant d'obtenir la valeur des entreprises insolubles en tant qu'entreprises actives et d'utiliser cette valeur en vue d'acquitter les réclamations des créanciers. Nous ne devrions pas chercher à abolir les mises sous séquestre. Nous devrions plutôt chercher à mettre ce pouvoir en valeur et à tirer pleinement parti des avantages et des possibilités qu'offre cette institution.

---

<sup>211</sup> Voir Buckwold & Wood, *supra*, note 209, p. 134.

<sup>212</sup> Voir LACC, art. 11.3; LFI, art. 84.1.



