

**LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE
DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ :**

**ANALYSE COMPARATIVE
DES POSITIONS CANADIENNE, ANGLAISE ET AMÉRICAINE**

PAR

JACOB ZIEGEL
Professeur de droit émérite
Université de Toronto

Important. Cet exposé est un travail en cours. N'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires en les envoyant à : jziegel@utoronto.ca. Je suis profondément reconnaissant envers Ryan Ashmead, JD 2005 (Université de Toronto), pour la qualité de son aide à la recherche à la fin du printemps et à l'été 2005, ainsi qu'à Carlin McGoogan, JD 2005 (Université de Toronto), pour son aide inestimable à la mise en forme de la communication dans des délais serrés et souvent au plus mauvais moment pour lui. Je remercie le Bureau du surintendant des faillites, à Ottawa, pour son aide financière qui m'a permis d'absorber les coûts de la recherche. En raison des délais qui nous étaient impartis, la présente version de la communication ne comprend qu'une petite partie de l'énorme quantité de matériaux recueillis pour mon usage par M. Ashmead.

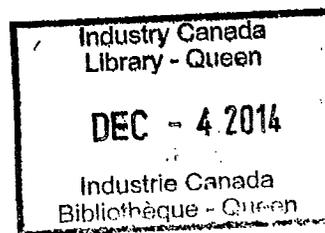


TABLE DES MATIÈRES

I INTRODUCTION : NATURE DU PROBLÈME	4
II RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ EN VERTU DU DROIT CANADIEN	8
A. STRUCTURE DE LA LÉGISLATION CANADIENNE EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ ET RÔLE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ DANS L'ADMINISTRATION DES ACTIFS	8
1. Structure	8
(a) <i>Évolution de la loi canadienne après 1919</i>	9
B. RÔLE, POUVOIRS, DEVOIRS ET RESPONSABILITÉ	12
DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ EN VERTU DE LA LFI	12
1. Syndics de faillite	12
(a) <i>Responsabilité personnelle du syndic relativement aux dettes contractuelles de l'actif</i>	13
(b) <i>Responsabilité du syndic à l'égard du loyer d'occupation</i>	17
(c) <i>Incidence du paragraphe 31(4) sur la responsabilité contractuelle du syndic</i>	18
(d) <i>Autres moyens de protection à la disposition du syndic</i>	21
(e) <i>Responsabilités de droit public des syndics</i>	23
2. Statut et responsabilité personnelle des séquestres intérimaires	24
(a) <i>Obligations personnelles des séquestres intérimaires et moyens de protection</i>	28
3. Responsabilité des professionnels de l'insolvabilité en matière de droit public, sur le plan environnemental et en qualité d'employeur	30
(a) <i>Responsabilités en matière d'environnement</i>	31
(b) <i>Liens entre le droit du travail et le droit de la faillite</i>	34
(c) <i>Répercussions du projet de loi C-55 sur TCT Logistics</i>	39
C. STATUT ET RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES CONTRÔLEURS AUX TERMES DE LA LACC	42
(a) <i>Caractérisation du statut du contrôleur et du risque de responsabilité personnelle</i>	43
D. LOI SUR LES LIQUIDATIONS ET LES RESTRUCTURATIONS : RESPONSABILITÉ PERSONNELLE ET LÉGALE DES LIQUIDATEURS	45
III RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ EN VERTU DU DROIT ANGLAIS	48
A. INTRODUCTION	48
B. STATUT, DEVOIRS ET RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ ANGLAIS DANS LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ	51
1. Faillites	51
(a) <i>Poursuites judiciaires contre les syndics</i>	53
2. Statut et responsabilités du liquidateur	53
3. Séquestres administratifs	54
4. Administrateurs des sociétés	56
5. Questions de droit public et responsabilités du professionnel de l'insolvabilité	57

IV STATUT DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ ET RESPONSABILITÉ PERSONNELLE EN VERTU DU DROIT AMÉRICAIN	60
A. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES	60
B. LE SYNDIC N'EST PAS LE NOUVEL EMPLOYEUR EN TITRE	61
C. LE SYNDIC DEMEURE RESPONSABLE DES FAUTES QU'IL A COMMISES	62
D. QUESTIONS DE DROIT PUBLIC : PROBLÈMES RELATIFS À L'ENVIRONNEMENT ET AU STATUT DE NOUVEL EMPLOYEUR	63
1. Problèmes relatifs à l'environnement	63
2. Problèmes relatifs au statut de nouvel employeur	65
V COMMENT LES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ CANADIENS VOIENT-ILS DANS LA PRATIQUE LEUR RESPONSABILITÉ PERSONNELLE?	66
VI CONCLUSION	67
ANNEXE – QUESTIONNAIRE ET RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE	86

I INTRODUCTION : NATURE DU PROBLÈME

La législation canadienne sur l'insolvabilité reconnaît diverses personnes¹ qui jouent un rôle dans l'administration de l'actif des personnes insolvables. Il s'agit notamment du syndic de faillite aux fins de la liquidation, du syndic chargé de l'administration d'une proposition commerciale en vertu de la partie III.1 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI), du séquestre intérimaire en vertu des articles 46, 47 et 47.1 de la LFI et du séquestre en vertu du paragraphe 243(1) du projet de loi C-55², loi récemment sanctionnée mais non encore proclamée. En ce qui a trait à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC)³, il y a un contrôleur, un séquestre, s'il en est nommé un par le tribunal à la demande d'une partie garantie et les administrateurs de la compagnie débitrice

¹ Nous employons à dessein le terme « personnes » plutôt que « particuliers » étant donné que le droit canadien, de même que le droit américain, permet à des personnes morales d'agir en tant que syndics de faillite et, dans le cas du Canada, en tant qu'administrateurs de l'insolvabilité dans diverses situations. Voir, pour le Canada, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c.B-3, mod. par l'article 14.08 (LFI) et, pour les États-Unis, le US Bankruptcy Code 1978, comme mod., alinéa 321(a)2). La présente communication porte sur la responsabilité des professionnels de l'insolvabilité du secteur privé participant à l'administration d'actifs de personnes insolvables et exclut la responsabilité des représentants du gouvernement qui peuvent également jouer un rôle, notamment le surintendant des faillites et les séquestres officiels du Canada dans les bureaux régionaux du BSF, le syndic fédéral (US Trustee) aux États-Unis et l'administrateur judiciaire (Official Receiver) en Angleterre. En ce qui a trait au Canada et aux États-Unis, la raison de l'exclusion est que ces représentants du gouvernement, bien qu'ils s'acquittent de charges publiques, extrêmement importantes, ne participent pas directement à l'administration des actifs des personnes insolvables, mais jouent exclusivement un rôle réglementaire et au niveau de la supervision. La situation est différente en Angleterre puisque l'administrateur judiciaire et son personnel participent véritablement à l'administration des actifs lorsque les professionnels de l'insolvabilité ne souhaitent pas agir en cette qualité. Néanmoins, sur le plan économique, l'administrateur judiciaire anglais se trouve dans une situation fort différente des professionnels de l'insolvabilité de pratique privée et il semble opportun de ne pas compliquer un scénario déjà complexe en lui ajoutant une autre dimension.

² 53-54 Elizabeth II, L.C. 2005, c. 47, sanctionnée le 25 novembre 2005. Pour l'historique du projet de loi C-55, voir J. Ziegel, « The Travails of Bill C-55 » (2005) 42 R.C.D.C. 440.

³ L.R.C. 1985, c.C-36 comme modifié.

pendant que la compagnie est sous la protection de la LACC, mais la question est discutable⁴.

L'objet de la présente étude est de déterminer les responsabilités personnelles du professionnel de l'insolvabilité dans l'exécution de son mandat en vertu de cette loi et de comparer la position canadienne avec ce que prévoient les règles du droit anglais et américain se rapportant à l'insolvabilité. Nous entendons par « professionnel de l'insolvabilité » un particulier ou une personne morale du secteur privé dûment qualifiés ou titulaires d'une licence pour administrer les actifs des personnes insolvables, que ce soit à des fins de liquidation ou de réorganisation. Dans la présente communication, nous mettons l'accent sur les actifs commerciaux plutôt que sur les actifs des particuliers, mais nous incluons en tant que débiteurs les personnes physiques et les personnes morales. Le terme « responsabilité personnelle » utilisé dans l'étude renvoie aux responsabilités et obligations imposées en vertu des principes généraux de la *common law* au Canada, en Angleterre et aux États-Unis, ou du droit écrit de ces pays, y compris le code civil du Québec, et la question de savoir si le professionnel de l'insolvabilité est habilité également à être indemnisé par l'actif relativement à ces responsabilités, dans le cas où l'actif a une valeur suffisante pour ce faire⁵.

Lorsqu'on se penche sur la responsabilité personnelle des professionnels de l'insolvabilité, il est important d'établir une distinction entre deux catégories de responsabilités différentes. La première englobe la responsabilité engagée par le

⁴ La question nous paraît « discutable » étant donné que la LACC ne confie aucun rôle administratif aux administrateurs en ce qui concerne la restructuration de la compagnie. Toutefois, sauf indication contraire dans la LACC ou dans une ordonnance du tribunal, les administrateurs conservent leurs pouvoirs en vertu des statuts régissant la constitution de leur entreprise en personne morale. En principe, il semblerait que les administrateurs doivent également approuver tout plan de réorganisation préparé par les dirigeants de la compagnie qui doit être présenté devant les créanciers de la compagnie.

⁵ Presque invariablement, les actifs sont insuffisants, et c'est la raison d'être du problème de la responsabilité personnelle du professionnel de l'insolvabilité. Toutefois, comme nous l'expliquons ci-après, il y a de nombreuses catégories de responsabilités personnelles contre lesquelles un professionnel de l'insolvabilité ne peut se protéger, par exemple lorsqu'il s'est rendu coupable de négligence dans l'exercice de ses fonctions ou lorsqu'il a manqué à ses obligations de fiduciaire.

professionnel de l'insolvabilité dans l'exercice de ses fonctions en tant qu'administrateur de l'actif, et notamment au cours de l'exploitation ou de la liquidation de toute entreprise associée à l'actif. Les exemples types sont les dettes contractuelles pour l'acquisition de produits et de services engagées par le professionnel de l'insolvabilité au cours de la liquidation des biens, le paiement du loyer d'occupation au bailleur, le versement des salaires et gages, des congés payés, et des indemnités de cessation d'emploi, le paiement des arriérés de cotisations au régime de retraite des employés, ainsi que des impôts et taxes aux différents pouvoirs publics, qui découlent de l'administration du professionnel de l'insolvabilité au cours de son mandat.

La deuxième catégorie de responsabilités incombe au professionnel de l'insolvabilité en raison d'un « manquement » à une obligation prévue par la loi. Par exemple : conduite négligente ou frauduleuse dans l'administration de l'actif, manquement aux obligations de fiduciaire⁶ et diverses formes d'obligations strictes découlant des activités du professionnel de l'insolvabilité⁷. La responsabilité environnementale du professionnel de l'insolvabilité peut également être ajoutée à cette

⁶ Par exemple, en tirant secrètement profit de l'administration de l'actif ou en cumulant des fonctions incompatibles et non autorisées par la loi, notamment, en agissant en tant que syndic de l'actif de même que pour le compte d'un créancier en particulier. (Exceptionnellement, et non sans certaines difficultés, la LFI permet à un syndic d'agir pour le compte de l'actif et en tant que séquestre privé pour un créancier garanti, sous réserve de certaines sauvegardes minimales. Voir l'article 13.4 de la LFI et les commentaires perspicaces dans *Bennett on Bankruptcy*, 7^e édition, (2002), p. 29-30. La raison de l'exception est une raison pratique. La réclamation des créanciers garantis correspond souvent à la valeur totale de l'actif. C'est pourquoi, les créanciers chirographaires sont souvent peu enclins à garantir les frais et dépenses du professionnel de l'insolvabilité s'il accepte d'être le syndic de faillite; en revanche, les créanciers garantis ont une bonne motivation pour le faire.

⁷ Selon la *common law*, quiconque détourne les biens d'une personne se rend coupable de délit d'appropriation, même si l'auteur du détournement n'était pas au courant d'une réclamation concurrente et a agi en parfaite bonne foi. Les professionnels de l'insolvabilité risquent particulièrement de commettre ce délit puisqu'ils ne disposent pas de moyens sûrs de savoir si un bien personnel de l'actif de personnes insolvable fait l'objet d'une réclamation concurrente, sauf lorsque la réclamation concurrente est une sûreté qui doit être rendue opposable. L'*Insolvency Act* britannique renferme certaines dispositions de protection en faveur du professionnel de l'insolvabilité lui permettant de faire face à de telles exigences (voir *Insolvency Act 1986*, comme modifié par le paragraphe 304(3), de même que le paragraphe 80(1) de la LFI.

rubrique, bien qu'elle soit réellement d'un caractère *sui generis* et appartienne à une catégorie indépendante.

La distinction entre les deux catégories de responsabilités est d'une importance fondamentale dans le droit canadien des faillites. Si le professionnel de l'insolvabilité est traité comme étant le propriétaire légitime ou (ce qui revient au même) en tant que syndic des biens de l'actif, ou qu'il occupe un poste équivalent, la doctrine de base de la *common law* commande que le syndic ou professionnel de l'insolvabilité soit tenu personnellement responsable des dettes de l'actif ou de toute inexécution de contrat survenus pendant qu'il exerçait sa supervision soit personnellement soit par l'intermédiaire de ses employés. En l'absence de dispositions disculpatoires dans la loi, le syndic ne peut se soustraire à la responsabilité personnelle qu'en le stipulant clairement dans le contrat. Le résultat sur le plan juridique est différent si le professionnel de l'insolvabilité est seulement considéré en droit ou par la loi comme un mandataire de l'actif – l'exemple classique étant le statut de liquidateur en vertu de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* (LLR)⁸ – ou comme un surveillant ou contrôleur de l'activité et des affaires de la compagnie débitrice. Un séquestre intérimaire, aux termes de l'article 46 de la LFI ou un contrôleur nommé en vertu de la LACC sembleraient remplir ce critère puisque ni l'un ni l'autre n'agit en tant que mandant ou propriétaire des biens de l'actif bien que, paradoxalement, la loi les considère l'un et l'autre comme personnellement responsables⁹.

Si l'on excepte cette distinction de base (qui est pertinente dans les trois pays), la situation et les responsabilités du professionnel de l'insolvabilité diffèrent largement, entre le Canada, l'Angleterre et les États-unis. Il en va de même des défenses et des exonérations de responsabilité prévues par la loi et auxquelles le professionnel de l'insolvabilité pourrait avoir droit. L'objet de notre communication est de décrire de façon non exhaustive ces similarités et différences. L'autre objectif, tout aussi important, est de déterminer quels sont les changements souhaitables dans le droit canadien :

⁸ L.R.C. 1985, c. 11, comme modifiée.

⁹ Pour les motifs, voir *infra*, partie II.B.2(a).

- pour assurer un traitement uniforme des responsabilités du professionnel de l'insolvabilité, quel que soit son statut;
- le cas échéant, pour conférer des droits de garantie explicites au professionnel de l'insolvabilité;
- pour clarifier les exigences procédurales des recours contre le professionnel de l'insolvabilité, en particulier celles découlant de l'article 215 de la LFI et de l'article 11 de la LACC.

II RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ EN VERTU DU DROIT CANADIEN

A. STRUCTURE DE LA LÉGISLATION CANADIENNE EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ ET RÔLE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ DANS L'ADMINISTRATION DES ACTIFS

1. Structure

La première loi canadienne sur la faillite a été adoptée en 1869. Elle suscita une opposition considérable de la part de divers groupes d'intérêt et fut abrogée en 1880. Entre cette date et 1919, le Canada ne disposa d'aucune législation générale sur la faillite. Toutefois, en ce qui a trait aux compagnies, la lacune fut partiellement comblée par la *Loi sur les liquidations de 1882*¹⁰, qui s'appuyait sur des textes de loi britanniques précédents. La Loi est encore en vigueur sous une forme remaniée¹¹ mais les personnes morales insolubles y ont rarement recours, sauf si elles ne sont pas autorisées à bénéficier de la protection de la LFI ou de la LACC.

¹⁰ Désormais remplacée par la *Loi sur les liquidations et les restructurations*.

¹¹ Voir *infra*, partie II.

La *Loi sur la faillite* adoptée par le Parlement en 1919¹² s'inspirait en grande partie de la *Bankruptcy Act* britannique de 1914, l'une des principales différences étant que la loi britannique ne s'appliquait qu'aux particuliers et aux sociétés de personnes; la liquidation de personnes morales insolvable continuait d'être régie par la loi britannique sur les compagnies¹³. La *Loi canadienne* de 1919 ne retenait pas cette distinction et s'appliquait aux personnes morales de même qu'aux particuliers, aux sociétés de personnes et aux autres personnes. Une autre différence importante sur le plan théorique entre l'approche canadienne et l'approche anglaise concernait (et concerne encore) les types d'administrateurs de l'insolvabilité exerçant leur activité dans les procédures d'insolvabilité. En vertu de la législation canadienne, le syndic fait office de professionnel de l'insolvabilité pour toutes les faillites, qu'il s'agisse des faillites de personnes morales ou de particuliers et que ces personnes exercent ou non une activité commerciale. En revanche, la législation britannique continue d'établir une distinction entre l'administration des actifs d'une personne physique et l'administration des actifs d'une personne morale, et elle a recours aux syndics pour la première catégorie d'actifs et aux liquidateurs pour la seconde. Ces distinctions fondamentales survivent dans la législation britannique et canadienne actuelle.

(a) *Évolution de la loi canadienne après 1919*

La *Loi sur la faillite* de 1919 a été révisée en 1949¹⁴ et des modifications importantes ont été adoptées en 1966¹⁵, 1992 et 1997. D'importants changements touchant pratiquement toutes les parties de la LFI ont également été adoptés dans le cadre du projet de loi C-55, qui a reçu la sanction royale le 29 novembre 2005, sans que la loi soit

¹² 9 et 10 Geo. V, C.S. 1919, c.36.

¹³ Voir, par exemple, *Companies (Consolidation) Act* 1908, 8 Edw VII, c. 69, ss. 182 et seq.

¹⁴ L.C. 1949 (2^e Législature) c.7.

¹⁵ L.C. 1966-1967, c. 32.

proclamée¹⁶. Malgré les nombreux changements législatifs adoptés depuis 1919, les rôles et attributs essentiels des diverses catégories de professionnels de l'insolvabilité sont demeurés les mêmes que sous l'ancienne législation. Cela est particulièrement vrai en ce qui a trait au statut et au rôle du syndic en tant que figure centrale de l'administration des actifs de faillite au Canada.

(b) Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies

La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* fut adoptée pour la première fois en 1933 à la suite de la grande dépression et son but était de permettre aux grandes sociétés ayant des obligations garanties et des débentures en cours de restructurer leur dette sans avoir à subir l'opprobre et les conséquences éventuellement fatales de devoir déclarer faillite en vertu de la LFI. Fait notable, la version originale de la LACC ne renfermait pas de dispositions pour l'administration des actifs de la compagnie en attendant le vote des créanciers sur la proposition de restructuration des dettes de l'entreprise¹⁷. On n'eut guère recours à la Loi au cours des cinquante premières années de son existence¹⁸, mais la situation a changé très nettement au début des années 80 lorsque le Canada a été aux prises avec la pire récession depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les avocats-conseils des débiteurs ont alors demandé aux tribunaux d'assouplir ou de « réinterpréter » les exigences d'admissibilité strictes de la Loi de façon à permettre à un beaucoup plus

¹⁶ Les ministres de l'Industrie et du Travail se sont engagés par écrit auprès du Sénat à ce que le projet de loi C-55 (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité*) ne soit pas proclamé avant le 30 juin 2006 et que avant cette date, après les élections de janvier 2006, le nouveau gouvernement remette le projet de loi au Sénat canadien en vue d'une étude détaillée et de recommandations. Voir par ailleurs J. Ziegel (2005) 42 R.C.D.C. 440, 447.

¹⁷ Cela s'explique du fait que le tribunal était censé convoquer une réunion rapidement pour examiner la proposition faite par la compagnie à ses créanciers, si bien qu'il n'était pas nécessaire de prononcer un arrêt prolongé des procédures contre la compagnie en attendant l'issue du vote sur la proposition. La pratique actuelle qui consiste à chercher à obtenir *ex parte* un arrêt des procédures contre la compagnie, en plus d'une ordonnance initiale offrant à la compagnie les moyens de poursuivre son activité tout en négociant avec ses créanciers et en élaborant un plan de réorganisation, n'est apparue que dans les années 80 et 90.

¹⁸ Voir Stanley E. Edwards, « Reorganization under the Companies: Creditors Arrangement Act » (1947) 25 R.B.C, 587. L'auteur n'a réussi à trouver que sept décisions publiées sur la Loi entre 1933 et 1947.

grand nombre de compagnies insolvable d'y avoir recours¹⁹. En outre, dans le cadre de l'ordonnance initiale mettant la compagnie débitrice sous la protection du tribunal, les tribunaux ont imposé un arrêt complet des procédures contre l'entreprise en vertu de l'article 11 de la Loi et nommé également un contrôleur chargé de surveiller les intérêts des créanciers en attendant l'élaboration d'un plan de restructuration soumis à leur approbation. Le rôle du contrôleur a été officiellement reconnu dans les modifications de 1997 à la LACC²⁰ et il a été encore raffiné dans le cadre des modifications plus détaillées de la LACC dans le cadre du projet de loi C-55, en 2005²¹.

¹⁹ Voir *Elan Corp. c. Comiskey* (1990) 1 C.B.R. (3^e) 101 (O.C.A.).

²⁰ Voir maintenant LACC, paragraphe 11(7).

²¹ Voir *infra*, partie II. C.(a).

B. RÔLE, POUVOIRS, DEVOIRS ET RESPONSABILITÉ DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ EN VERTU DE LA LFI

1. Syndics de faillite

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les syndics canadiens jouent un rôle central dans la liquidation des actifs de faillite en vertu de la LFI. Les syndics sont tenus d'être titulaires d'une licence délivrée par le surintendant des faillites²² et ils sont assujettis à la surveillance et au contrôle soutenus du surintendant. Fait important, la licence de syndic peut également être délivrée à une personne morale²³. Au 1^{er} novembre 2005, on comptait 1 057 particuliers titulaires d'une licence et 228 personnes morales. Sur les 1 057 particuliers titulaires d'une licence, 829 exerçaient également leur activité dans le cadre d'une entreprise²⁴. Si l'on en juge par les affaires mentionnées, les syndics qui sont des personnes morales sont maintenant le plus souvent nommés pour agir en tant que syndics de faillite. Selon une condition de la licence, le syndic est tenu de remettre au surintendant un cautionnement général qui garantit qu'il s'acquittera de ses fonctions de façon honnête et loyale et qu'il sera le fidèle dépositaire des fonds confiés à son administration²⁵. Le syndic doit également remettre un cautionnement supplémentaire pour chaque actif administré par ses soins²⁶.

Les droits, pouvoirs et devoirs du syndic sont tous prévus par la LFI mais font l'objet d'une surveillance de la part du tribunal de la faillite et des inspecteurs élus par les créanciers. Les syndics sont tenus, entre autres, de recouvrer et de réaliser les biens de l'actif²⁷ (notamment de faire enquête sur les transactions suspectes qui auraient eu lieu avant la faillite), de déterminer et de vérifier les passifs et les preuves de réclamation présentées

²² LFI, article 13.

²³ LFI, article 14.08.

²⁴ Information par courriel du 5 décembre 2005, fournie par Claude Le Duc, surintendant adjoint des licences, BSF, à Norman Kondo, directeur exécutif, ACPIR.

²⁵ LFI, article 16 et Instruction n° 13.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ LFI, paragraphe 16(3), 71(2).

par les créanciers²⁸, de déterminer la priorité des réclamations des différents créanciers²⁹ et de se charger de la répartition du produit net de l'actif entre les créanciers conformément à leurs droits.

Le fait que pour lui permettre de s'acquitter de ses fonctions, la LFI assigne automatiquement au syndic, une fois qu'il a été désigné pour administrer l'actif, tous les biens du failli, meubles ou immeubles, où qu'ils soient situés, qui lui appartiennent ou qui peuvent lui être dévolus par la suite³⁰, est de la plus haute importance sur le plan théorique. L'acquisition du titre aide le syndic à prendre possession des biens et à transférer ce titre à un acheteur au moment de la vente. Tout aussi important (en particulier dans le cas des personnes physiques), l'acquisition du titre empêche le failli d'aliéner les biens et d'en transférer le titre à un tiers qui pourrait ne pas être au courant de la faillite³¹.

Manifestement, pour s'acquitter de ses fonctions comme il se doit, le syndic doit conclure plusieurs types de contrats différents, notamment des contrats de travail ou conventions collectives avec les employés du failli que le syndic choisit de maintenir à leur poste³², des contrats de services avec des entrepreneurs indépendants, des contrats pour les services d'utilité publique, des baux pour la location de locaux à titre temporaire dans le cas où le syndic choisit de renoncer à un bail existant, et des contrats pour la vente des biens de l'actif, soit en totalité, soit à la pièce.

(a) Responsabilité personnelle du syndic relativement aux dettes contractuelles de l'actif

²⁸ LFI, article 135.

²⁹ LFI, article 136.

³⁰ LFI, paragraphes 71(2) et 67(1).

³¹ À noter toutefois que l'article 75 de la LFI confère une protection à l'acheteur ou au créancier hypothécaire de l'immeuble du débiteur conformément au droit provincial applicable si l'achat ou l'hypothèque ont été conclus avant que l'avis de la faillite du débiteur ait été enregistré au bureau du cadastre provincial.

³² Les questions d'emploi soulèvent des problèmes particuliers qui sont analysés plus loin, *infra*, partie II.3(b).

Compte tenu de l'éventail d'activités entreprises par le syndic, on peut se demander si ce dernier est personnellement responsable des dettes qu'il contracte à bon escient dans l'exercice de ses fonctions ou si les dettes sont exclusivement celles de l'actif³³. En principe, la réponse est que le syndic est personnellement responsable lorsque, au sens de la loi, il est le mandant et non un mandataire de l'actif. En *common law*, l'actif n'a pas de personnalité juridique en soi et n'existe que dans la perspective de l'*equity*³⁴. Essentiellement, sauf disposition contraire dans la loi, en ce qui a trait à ses obligations contractuelles, un syndic n'est pas dans une position différente de celle de tout autre type de fiduciaire³⁵. Les extraits qui suivent de deux traités, canadien et américain, décrivent la situation générale :

Scott on Trusts, 4^e édition... :

Lorsqu'un fiduciaire dans l'administration de la fiducie passe un contrat avec une tierce personne, il est personnellement responsable du contrat, en l'absence de toute clause prévue au contrat le dégageant de sa responsabilité personnelle. Cela est vrai non seulement lorsque le fiduciaire a outrepassé ses pouvoirs en concluant le contrat, mais également lorsqu'il a agi en accord avec les conditions de la fiducie, voire en vertu de l'ordonnance du tribunal. Cela est vrai, non seulement lorsque la tierce personne n'avait pas connaissance de l'existence de la fiducie et pensait que le fiduciaire en concluant le contrat agissait pour son propre compte, mais également lorsque la tierce personne savait que le contrat était conclu par le fiduciaire dans l'administration de la fiducie et non pour son propre compte. Comme nous le verrons, le fiduciaire n'est pas personnellement responsable si le contrat le stipule expressément; mais le simple fait qu'il signe le contrat en sa qualité

³³ D'emblée, il est important d'établir une nette distinction entre les dettes de l'actif d'avant la faillite et celles d'après la faillite. Les dettes d'avant la faillite sont des réclamations prouvables contre l'actif et seront acquittées (le cas échéant) avec les fonds de la faillite. LFI, art 151. Les dettes d'après la faillite sont des dettes dont le syndic peut être personnellement tenu responsable, comme mentionné ci-dessus, et pour lesquelles il cherchera à obtenir remboursement sous la rubrique débours et coûts de l'administration s'il y a suffisamment de fonds dans l'actif pour ce faire. Voir l'alinéa 136(1)b) de la LFI.

³⁴ Voir plus loin, *infra*, partie II-D.

³⁵ La position du droit civil du Québec devrait être encore plus claire puisque le *Code civil* ne reconnaît pas de distinction entre les droits de propriété en *common law* et en *equity*, non plus que le double statut d'un fiduciaire, en qualité de propriétaire et de syndic. Il s'ensuit que dans l'interprétation des dispositions de la LFI les juristes du Québec ont de la difficulté à comprendre comment un syndic peut être considéré comme le propriétaire des biens de l'actif, compte tenu des nombreuses restrictions que la LFI impose à ses pouvoirs d'aliénation, de même qu'en raison de son devoir de rendre compte des transactions concernant les biens. Voir A. Bohémier, *Faillite et Insolvabilité*, vol. 1, p. 714 et suiv. (1992).

de représentant n'est pas jugé en soi suffisant, habituellement, pour le dégager de toute responsabilité personnelle³⁶.

D.W.M. Waters, M. Gillen, L. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3^e édition, Thomson Canada Limited (2005) :

[Responsabilité des contrats conclus au bénéfice de l'actif]

[Le syndic] n'est pas investi du titre des biens en fiducie, [mais] il conclut des contrats avec des tierces parties comme s'il avait la jouissance bénéficiaire de ce titre, étant personnellement responsable de ces contrats. Son droit de recouvrer à même les biens en fiducie l'argent qu'il a dépensé personnellement n'est d'aucun intérêt pour la tierce partie, non plus que la question de savoir si les biens en fiducie sont suffisants pour faire face à une poursuite en dommages et intérêts que pourrait avoir la tierce partie.

FN 62 Si le syndic tient à limiter sa responsabilité en cas de poursuites pour rupture de contrat, et faire en sorte de n'être responsable qu'à hauteur de la valeur des biens en fiducie, il doit faire stipuler une condition à cet effet dans son contrat avec la tierce partie.

En dépit de cette position théorique non ambiguë, un nombre important de tribunaux canadiens ont tergiversé face à des réclamations contractuelles contre un syndic. Dans une excellente analyse de ces questions, le professeur Bohémier sépare les décisions en deux groupes³⁷. Dans le premier groupe³⁸ il est soutenu que si l'autre partie sait qu'elle fait affaire avec un syndic, la présomption est que le syndic n'est pas tenu personnellement responsable, à moins que les parties n'en aient convenu autrement. Dans le second groupe³⁹, c'est la position inverse qui prévaut. Et la présomption est que le syndic est personnellement responsable en vertu de son statut de syndic, à moins que le créancier n'ait convenu de limiter sa réclamation aux biens de l'actif. Le Professeur Bohémier fait valoir qu'il n'y a pas

³⁶ À noter toutefois que certains États américains vont plus loin et dégagent complètement le syndic de la responsabilité des dettes contractées au bénéfice de l'actif.

³⁷ Albert Bohémier, *Faillite et Insolvabilité*, tome 1, p. 781-787.

³⁸ Voir *Edwards c. Duclos* (1940-1941), 22 C.B.R. 215 (C.A. Qué.); *In re Steven & Gross Lbr Co. Ltd.* (1924-1925), 5 C.B.R. 522 (Ont.).

³⁹ *In re Smith & Son* (1929), 10 C.B.R. 393 (Ont.); *In re Walker* (1929-30), 11 C.B.R. 288 (Ont.); *Transalta Utilities Corp. v. Hudson* (1983), 44 C.B.R. (N.-É.) 97 (Alb.). Voir également F. Bennett, « The Personal Liability of a Trustee in Bankruptcy » (1973), 17 C.B.R. (N.-É.) 122, et I. Duncan & J.D. Honsberger, *Bankruptcy in Canada*, 3^e éd. (1961), p. 123, 141-142.

de différence pratique entre les deux positions, mais il s'agit à coup sûr d'une erreur, du moins dans une perspective de *common law*. Le fait de déterminer à qui incombe le fardeau de la preuve dans une réclamation contestée n'est jamais anodin, en particulier en cas de désaccord concernant les conditions du contrat et ce qui a été dit par les parties au moment de la conclusion dudit du contrat⁴⁰.

On comprend facilement pourquoi certains tribunaux canadiens éprouvent de la sympathie à l'égard d'un syndic qui a agi correctement au bénéfice de l'actif pour découvrir ensuite, sans qu'il y ait eu faute de sa part, que l'actif est de trop faible valeur pour satisfaire les réclamations des créanciers. Toutefois, la sympathie peut être mal placée. Le syndic est un professionnel et il devrait savoir ce que dit la loi concernant sa responsabilité contractuelle. Si le syndic pense que le fardeau est déplacé, il lui est assez facile de faire comprendre qu'il n'assume pas de responsabilité personnelle.

Certains éclaircissements sont également nécessaires sur le sens d'un jugement qui considère que les parties ont convenu que la réclamation du créancier serait contre « l'actif » et non contre le syndic personnellement. Est-ce que cela signifie que le créancier peut exclusivement poursuivre l'actif en cas de défaut de paiement, même si l'actif n'a aucune personnalité juridique en *common law* et que les comptes bancaires de l'actif sont tous au nom du syndic? Est-ce que les tribunaux permettront l'émission d'un bref contre un actif sans que ce bref indique également le nom du syndic en tant que codéfendeur et le huissier

⁴⁰ Si la présomption est que le syndic n'est pas personnellement responsable, à moins qu'il n'ait convenu d'assumer cette responsabilité, il incombe à l'autre partie de montrer que le syndic a assumé la responsabilité personnelle de la dette et, si les preuves ne sont pas concluantes, la réclamation est nulle. Si la règle est que le syndic est à première vue responsable, il lui faudra prouver que l'autre partie avait accepté de ne pas le tenir personnellement responsable. En dehors de la question du fardeau de la preuve, il est clair que la sympathie du professeur Bohémier va au premier groupe où le syndic est responsable à première vue. *Op. cit.*, p. 794-795, citant également, avec approbation le raisonnement de la Cour d'appel anglaise dans *Burt, Boulton & Hayward v. Bull* [1895] 1 Q.B. 276 pour justifier la responsabilité personnelle d'un séquestre-gérant relativement aux dettes contractées alors qu'il était chargé de l'entreprise du débiteur : « Avec le résultat qu'aucun homme de métier ne pouvait traiter en toute sécurité avec ce séquestre sans poser des questions sur l'existence d'un fonds auprès duquel il pourrait vérifier, pour peu qu'un tel fonds existât, s'il n'était pas grevé d'autres passifs ... ».

acceptera-t-il d'effectuer la saisie contre l'actif sans que le syndic soit désigné dans le bref d'exécution?

(b) Responsabilité du syndic à l'égard du loyer d'occupation

Une quantité surprenante de litiges portent sur la responsabilité personnelle du syndic relativement au paiement du loyer d'occupation lorsque ce dernier a choisi de ne pas réaffirmer un bail existant relatif aux locaux. Outre l'ambiguïté qui subsiste relativement à la responsabilité personnelle du syndic face aux dettes de l'actif postérieures à la faillite, une confusion supplémentaire a peut-être été induite par le fait que la position du syndic et celle du bailleur sont en partie réglementées par la législation provinciale régissant les droits des bailleurs et des locataires⁴¹ et en partie par les dispositions sur la priorité des créances de l'alinéa 136(1)f) de la LFI⁴². Une incertitude supplémentaire découle du fait que la loi ne précise pas clairement si le loyer d'occupation doit être considéré comme une créance contre l'actif postérieure à la faillite, et, par conséquent, non visée par l'article 136, ou s'il est censé faire partie des créances reconnues du bailleur contre l'actif pour un passif antérieur à la faillite⁴³.

⁴¹ Voir LFI, article 146 et, pour l'Ontario, la *Loi sur la location commerciale*, L.R.O. 1990, c. L.7, comme modifié, articles 38 et 39.

⁴² LFI, article 136. Cet article est remanié considérablement dans l'article 88 du projet de loi C-55 (2005), mais sans que les changements touchent le traitement des créances des bailleurs relatives au loyer.

(c) *Incidence du paragraphe 31(4) sur la responsabilité contractuelle du syndic*⁴⁴

Le paragraphe 31(4) de la LFI a été adopté en 1949 dans le cadre de la réforme de la *Loi sur la faillite* de 1919. Malheureusement, les archives parlementaires n'indiquent pas ce qui a motivé l'introduction du paragraphe et quelle était exactement l'intention du législateur. Il est assez raisonnable de supposer, toutefois, que son objectif était de dégager le syndic de toute responsabilité personnelle à l'égard des dettes de l'actif. Il semble également clair que dans son libellé actuel le paragraphe n'est guère à la hauteur de l'intention présumée. Le paragraphe 31(4) dit ce qui suit :

(4) Toute dette contractée et tout crédit reçu dans la continuation du commerce d'un failli sont réputés une dette contractée et un crédit reçu par l'actif.

⁴³ M. Rowe a adopté cette dernière position dans une étude détaillée. Voir William A.C. Rowe, « The Trustee in Bankruptcy's Liability for Occupation Rent » (1985), 51 C.B.R. (N.-É.) 206. M. Rowe s'appuie également considérablement sur l'incidence du paragraphe 31(4) de la LFI, analysée *infra*, sur la responsabilité personnelle du syndic. La thèse de M. Rowe a été rejetée par le juge Isaac dans son jugement prudent dans *Sasso v. D. & A. MacLeod Co.* (1991), 5 C.B.R. (3d) 239 (Ont. Gen. Div.). Le juge Isaac a également considéré que le syndic ne pouvait se fonder sur le paragraphe 31(4) de la LFI parce qu'il n'était pas censé poursuivre le commerce du débiteur alors qu'il occupait les lieux. Pour d'autres causes où il a été statué que le syndic était personnellement responsable du loyer d'occupation, voir *1133 Yonge Street Holdings Ltd. v. Clarke Henning & Hahn Ltd.* (1991), 2 C.B.R. (3d) 11 (Ont. Gen. Div.); et *Re Yonemitsu Investments Ltd.* (1992), 14 C.B.R. (3d) 279 (Ont. Gen. Div.). Pour des exemples de décisions contraires, voir *Ottawa Eglin Investment Ltd. v. McKechnie* (1983), 42 O.R. (2d) 366; et *Re Listowel Feed Mill Ltd.* (1990) 1 O.R. (3d) 628 (Ont. Gen. Div.) L'hypothèse est que la réponse repose sur l'interprétation appropriée de la législation provinciale. Habituellement, la législation donne au syndic la possibilité de confirmer le bail, de céder le bail ou de renoncer au bail et lui accorde une période importante pour faire son choix. Le principe est que si le syndic occupe véritablement les lieux avant de prendre une décision, il s'engage implicitement à payer un loyer d'occupation raisonnable. Si l'on poursuit le raisonnement, il nous amène à la conclusion que si le syndic n'a pas pris possession des lieux, il n'a aucune responsabilité personnelle et, en pareil cas, la réclamation du bailleur contre l'actif se rapportera au loyer stipulé en vertu du bail antérieur à la faillite, sous réserve des limites de recouvrement des créances privilégiées stipulées à l'alinéa 136(1)f) de la LFI. Si le syndic confirme le bail, comme il est autorisé à le faire en vertu de la législation provinciale, il devrait en principe être tenu personnellement responsable, à moins que le bailleur n'ait accepté de se tourner uniquement vers l'actif pour obtenir un paiement.

⁴⁴ D'autres défenses et mécanismes, sur le fond ou sur la forme, accessibles au syndic pour échapper au risque de responsabilité personnelle ou atténuer le risque, sont analysés *infra*, partie II.B1(d).

Le paragraphe 4 soulève des problèmes d'interprétation et des problèmes d'orientation, que nous exposons ci-après :

1. Il ne s'applique qu'aux dettes contractées par le syndic. Quel que soit le sens du terme « dettes contractées », on ne peut raisonnablement l'étendre pour englober la rupture de contrat, la violation des obligations de fiduciaire, les recours pour cause de négligence, de délit d'appropriation ou d'autres types de délits dont on pourrait accuser le syndic dans l'exercice de ses fonctions.
2. On ne sait pas très bien, à la lecture de la version anglaise du paragraphe 31(4), si le terme « debts incurred » désigne exclusivement les dettes contractuelles contractées par le syndic ou s'il inclut les obligations non contractuelles inhérentes à une entreprise, telles que les différents types d'impôts provinciaux et fédéraux et de taxes municipales. En contexte, les termes peuvent avoir l'un ou l'autre sens, bien que la version française de « dettes contractées »⁴⁵ indique que le législateur n'envisage que les dettes consensuelles. À supposé qu'il soit judicieux d'utiliser la version française pour lever l'ambiguïté, on ne s'en heurte pas moins à la question de savoir pourquoi la protection du syndic contre la responsabilité personnelle devrait être limitée aux dettes contractuelles. La distinction conduit également à plusieurs anomalies. Par exemple, si le syndic a acheté des fournitures pour le bénéfice du commerce de l'actif, il ne sera pas tenu personnellement responsable de la dette, alors qu'il peut être tenu personnellement responsable s'il a omis de payer les taxes de vente provinciales ou fédérales.

⁴⁵ « Toute dette contractée » ...Dans *St Mary's Paper Inc.* (1993), 19 O.R. (3d) 163 (OCA) les syndics ont invoqué le paragraphe 31(4) de la LFI comme fondement juridique pour montrer qu'ils ne devaient pas être tenus personnellement responsables des cotisations de retraite à payer en vertu de la *Loi sur les prestations de pension* (LPP). La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'argument en faisant valoir que l'obligation juridique découlait de la LPP en raison de l'entente conclue par les syndics avec les employés et non en raison des dispositions du paragraphe 31(4) de la LFI. On n'a pas attiré l'attention du tribunal sur la version française du paragraphe 31(4) de la LFI, laquelle aurait fourni une réponse plus simple à la prétention des syndics, c'est-à-dire que la dette n'était pas une dette contractuelle et que, par conséquent, elle n'était pas visée par le paragraphe 31(4).

3. Les dettes doivent être contractées par le syndic « dans la continuation du commerce d'un failli ». Même si les termes cités sont pris au sens large, nombre des dettes contractées par les syndics dans l'administration de l'actif du débiteur sont à l'extérieur de cette sphère. On ne comprend pas clairement pourquoi le législateur n'a voulu protéger le syndic que contre les dettes du commerce du failli.
4. Il a été également soutenu que le paragraphe 31(4) ne s'applique pas aux actions intentées contre le syndic auprès des tribunaux provinciaux généraux ou dont ils doivent être obligatoirement saisis parce que les différends ne sont pas considérés comme des différends intrinsèques à la faillite⁴⁶. Le raisonnement utilisé dans ces espèces n'est pas entièrement convaincant et semble contredire l'intention du législateur, qui est de protéger le syndic contre la responsabilité des dettes de l'actif. Les jugements portent à croire que certains juges ont recours à ces distinctions techniques parce qu'ils ont des sentiments ambivalents sur les mérites de la politique sous-jacente au paragraphe 31(4) et son bien-fondé présumé, qui est de protéger le syndic contre la responsabilité personnelle.
5. On ne sait pas dans quelle mesure le paragraphe 31(4) s'applique au bénéfice des séquestres intérimaires nommés en vertu des articles 46, 47 et 47.1 de la LFI puisqu'ils ne sont pas mentionnés dans le paragraphe. Il est bien établi qu'un séquestre nommé en vertu de ces dispositions est personnellement responsable des dettes contractées au cours de son mandat⁴⁷, à moins qu'il n'en soit stipulé autrement dans l'ordonnance le désignant, et que le séquestre n'est pas un mandataire du failli. Cela donne à penser qu'un séquestre intérimaire devrait pouvoir bénéficier de la protection du paragraphe 31(4) s'il agit dans les limites

⁴⁶ Voir, par exemple, *Re Walker* (1930), 11 C.B.R. 288, 37 O.W.N. 473 (L.C.); *Re Smith & Son* (1929), 10 C.B.R. 393, 35 O.W.N. 323 (C.S.).

⁴⁷ Voir *infra*, partie II.B.2.

de son pouvoir et pour promouvoir les intérêts de l'actif puisque la politique qui sous-tend le paragraphe (4) est la même dans les deux cas.

Toutefois, plusieurs arguments militent contre ce point de vue. L'un est qu'un séquestre intérimaire nommé en vertu de l'article 46 n'assume en général qu'un rôle de chien de garde ou de contrôleur et n'est habituellement pas autorisé à poursuivre le commerce du failli. Dans la mesure où les séquestres nommés en vertu des articles 47 et 47.1 sont concernés, leurs réclamations au titre de la protection se heurtent aux objections qui suivent. Le séquestre est presque invariablement nommé pour protéger et promouvoir les intérêts des créanciers garantis qui ont obtenu sa nomination. Cela étant dit, il serait difficile de faire valoir que le séquestre poursuit le commerce du débiteur si l'on entend par là que le commerce doit se poursuivre au bénéfice de l'actif du débiteur. En théorie, le séquestre intérimaire peut promouvoir les intérêts commerciaux à la fois du débiteur et de la partie garantie, mais il semble suffisamment clair que l'intention du législateur dans le paragraphe 31(4) était que les professionnels de l'insolvabilité agissent au bénéfice de l'actif ou au bénéfice de l'ensemble des créanciers, et non qu'ils soient nommés essentiellement pour la protection et la promotion des intérêts des créanciers garantis.

(d) Autres moyens de protection à la disposition du syndic

Le syndic n'est pas limité au paragraphe 31(4) dans sa recherche de moyens de défense contre une réclamation contractuelle ou, plus précisément, contre d'autres types de réclamations. En matière contractuelle, la meilleure stratégie pour le syndic consisterait à décliner toute responsabilité personnelle sur le contrat, mais peut-être est-ce trop demander. De nombreux contrats sont conclus oralement et il serait irréaliste de penser qu'on peut tout ramener à l'écrit. Cependant, à l'ère électronique où nous vivons, il serait assez facile pour le syndic de donner suite à une conversation

téléphonique en envoyant confirmation par courriel qu'il décline toute responsabilité personnelle⁴⁸. Un autre moyen très courant, mais qui n'est pas une défense, consiste pour le syndic à insister afin d'obtenir une garantie intégrale contre les réclamations après avoir accepté sa charge à la demande d'un créancier⁴⁹. Enfin, un mécanisme de procédure est offert par l'article 215, lequel exige la permission du tribunal pour qu'une action intentée contre un syndic soit recevable⁵⁰. L'article 215 n'est qu'une forme de sélection et n'élimine pas, naturellement, la revendication du demandeur. Si l'on excepte cette caractéristique, l'article 215 a son propre lot de problèmes d'interprétation⁵¹ et l'on s'interroge de plus en plus sur le bien-fondé de son objet⁵². Deux difficultés sont particulièrement pertinentes. Premièrement, il semble bien établi que l'article 215 ne s'applique pas lorsque le demandeur peut intenter son action devant un autre tribunal puisque cette question n'est pas considérée comme une question intrinsèque à la faillite⁵³. Deuxièmement, dans un arrêt qui est loin d'être convaincant, la Cour suprême du Canada a statué dans *Mercurie c. A Marquette et Fils Inc.*⁵⁴, que l'article 215 ne s'applique pas lorsque le demandeur se plaint d'une omission et non de la consommation d'un délit.

Le moyen le plus solide qui s'offre aux syndics pour se dégager de toute responsabilité personnelle consiste à constituer une personne morale et à utiliser cette

⁴⁸ Naturellement, rien n'empêche le syndic de préciser oralement qu'il ne saurait être tenu personnellement responsable sur le contrat, mais il peut se révéler difficile de prouver que les parties se sont entendues réellement sur cette condition.

⁴⁹ Très souvent, le créancier est une banque et le syndic agit également en tant que mandataire de la banque pour l'exécution de la sûreté réelle. Concernant le bien-fondé du cumul de ces fonctions, c'est-à-dire que le syndic agisse en tant que séquestre du créancier garanti, voir l'article 13.4 de la LFI. Sur l'utilisation fréquente des ententes de garantie lorsque le syndic agit à la demande d'un créancier, voir *infra*, Annexe et réponses au questionnaire.

⁵⁰ Il est stipulé à l'article 215 que « Sauf avec la permission du tribunal, aucune action n'est recevable contre le surintendant, un séquestre officiel, un séquestre intérimaire ou un syndic relativement à tout rapport fait ou toute mesure prise conformément à la présente loi ».

⁵¹ Voir Bennett, *op cit.*, p. 36 et suiv.; Bohémier, *op cit.*, p. 802-804.

⁵² Ni le droit anglais de la faillite ni le *Code de la faillite* des États-Unis n'exige d'un plaideur qu'il demande la permission du tribunal pour intenter une action contre un syndic ou un autre administrateur de l'insolvabilité.

⁵³ *In re J.H. Smith & Son* (1929), 10 C.B.R. 393 (Ont.).

⁵⁴ [1977] 1 R.C.S. 547.

personne morale pour la passation de contrats. Comme nous l'avons vu, l'article 14.08 de la LFI autorise la délivrance d'une licence à un syndic qui est une personne morale. Il est vrai que l'article 14.09 stipule également que la personne morale titulaire d'une licence de syndic ne peut agir que par l'intermédiaire d'un de ses administrateurs ou dirigeants, lui-même titulaire d'une telle licence mais, selon les principes généraux du droit des sociétés, cela ne signifie pas que les administrateurs ou dirigeants peuvent être tenus personnellement responsables sur les contrats, même si ce sont eux qui ont autorisé les engagements⁵⁵. La protection de la personne morale sera particulièrement précieuse lorsque le syndic est exposé à des responsabilités environnementales ou à des responsabilités en qualité de nouvel employeur⁵⁶.

(e) Responsabilités de droit public des syndics

Outre leurs responsabilités inhérentes au droit privé et prévues par la loi envers un large éventail de personnes, les syndics risquent de contracter des responsabilités de droit public qui peuvent être très lourdes, en particulier dans le domaine de l'environnement, de l'emploi, des pensions et de la fiscalité, lesquelles sur le plan quantitatif et qualitatif peuvent dépasser en importance leurs responsabilités de droit privé. En soi, cela justifierait que les responsabilités de droit public soient traitées séparément comme elles le sont dans la présente étude⁵⁷. Il y a toutefois une raison supplémentaire, qui est que leurs répercussions sont souvent ressenties plus durement par les séquestres et les séquestres intérimaires que par les syndics. C'est pourquoi nous jugeons pertinent de nous attaquer à cette question après avoir traité du statut et

⁵⁵ Néanmoins, la constitution en personne morale ne protège pas les dirigeants ou administrateurs contre la responsabilité personnelle lorsqu'ils devraient être tenus personnellement responsables en vertu des principes généraux de la *common law*, en cas de conduite délictueuse ou lorsqu'une disposition de la loi prévoit expressément qu'ils seront tenus pour responsables. Cf. C.C. Nicholls, « Liability of Corporate Officers and Directors to Third Parties » (2001), 35 R.C.D.C. 1.

⁵⁶ Voir *infra*, partie II.B.3.

⁵⁷ *Ibid.*

des responsabilités personnelles des séquestres intérimaires.

2. Statut et responsabilité personnelle des séquestres intérimaires

Les charges de séquestre et de séquestre-gérant ont leur origine en *equity* et sont assorties d'une grande variété d'attributions dans différents contextes. Un séquestre est une personne, généralement un professionnel, à qui l'on confie le soin, sur entente des parties ou en vertu d'une ordonnance du tribunal ou de la loi, d'assurer la conservation d'un bien qui est l'objet d'un procès ou d'une voie d'exécution, en attendant l'issue, mais qui n'a pas pour mission de gérer le bien. Le séquestre-gérant est une personne qui cumule à la fois les fonctions de gestion et de conservation du bien. Un séquestre ou un séquestre-gérant peut être nommé de manière privée et les pouvoirs de nomination sont habituellement dévolus à une partie garantie en vertu des modalités d'un contrat de garantie, ou à un syndic agissant pour des créanciers obligataires ou détenteurs de débentures lorsque le débiteur fait défaut aux termes du contrat. De tels contrats stipulent également couramment que le séquestre ou séquestre-gérant, une fois nommé, est réputé être un mandataire du débiteur et non du créancier ou de toute personne partie à sa nomination⁵⁸.

La nomination de séquestres privés pour exécuter les contrats de garantie a donné lieu au cours des années 80 à de nombreuses plaintes de débiteurs, lesquels alléguaient des abus de la part des séquestres ainsi qu'un manque de transparence et de reddition de comptes dans la gestion et l'aliénation du bien affecté en garantie. Les plaintes ont conduit à l'adoption de dispositions réglementaires régissant la conduite des séquestres et des séquestres-gérants à la Partie XI des modifications apportées en 1992 à la LFI, et ont assujéti les séquestres nommés par des parties privées à la supervision du tribunal de la faillite. Les dispositions de la Partie XI entrent en vigueur, que des procédures aient été

⁵⁸ Ce mécanisme a été adopté pour la première fois par l'avocat de la chancellerie au XIX^e siècle pour protéger la partie garantie contre la responsabilité des actes du séquestre-gérant dans l'exploitation et l'aliénation du commerce du débiteur.

intentées ou non pour contraindre le débiteur à la faillite, ou que lui-même ait décidé ou non de se déclarer insolvable.

Dans la mesure où l'on s'attache au rôle de séquestre dans les procédures d'insolvabilité, la LFI prévoit depuis longtemps la nomination d'un séquestre intérimaire à la demande du requérant en attendant la décision relative au dépôt de la pétition de faillite contre le débiteur⁵⁹. L'article 46 de la LFI explique clairement que les séquestres intérimaires exercent une fonction de conservation ou de garde et ne sont pas autorisés à gérer le commerce du débiteur.

Les modifications apportées en 1992 à la LFI ont également introduit deux nouveaux types de séquestres intérimaires qui ont radicalement transformé l'administration de l'insolvabilité au cours des 13 dernières années en raison de leur grande popularité auprès des créanciers garantis⁶⁰. L'article 47 autorise la nomination d'un séquestre intérimaire lorsque le tribunal est convaincu qu'un avis est sur le point d'être envoyé ou a été envoyé par une partie garantie en vertu du paragraphe 244(1) de la Loi notifiant le débiteur de l'intention de la partie garantie de mettre à exécution une garantie générale. Si la nomination est faite, l'ordonnance peut investir le séquestre intérimaire des pouvoirs les plus étendus susceptibles d'être dévolus à un séquestre nommé aux termes de l'article 46.

⁵⁹ Voir l'article 46 de la LFI. L'article stipule que : (1) S'il est démontré que la mesure est nécessaire pour la protection de l'actif du débiteur, le tribunal peut, après la production d'une pétition en vue d'une ordonnance de séquestre et avant qu'une telle ordonnance ait été rendue, nommer un syndic autorisé comme séquestre intérimaire de tout ou partie des biens du débiteurs et lui enjoindre d'en prendre possession, dès que le pétitionnaire aura donné l'engagement, que peut imposer le tribunal, relativement à une ingérence dans les droits du débiteur et au préjudice qui peut découler du rejet de la pétition. (2) Le séquestre intérimaire peut, sur l'ordre du tribunal, prendre des mesures conservatoires et disposer sommairement des biens périssables ou susceptibles de perdre rapidement de leur valeur, et il peut exercer sur les affaires du débiteur le contrôle que le tribunal jugera recommandable, mais le séquestre intérimaire ne peut contrecarrer indûment le débiteur dans la conduite de ses affaires, sauf dans la mesure nécessaire à ces fins conservatoires ou pour se conformer à l'ordre du tribunal.

⁶⁰ Dans de nombreux dossiers, les demandeurs ont également obtenu une ordonnance en vertu de l'article 101 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. C43, pour compléter les pouvoirs dévolus en vertu des dispositions de la LFI. La nomination en vertu de l'article 101 est prisée parce qu'elle déclenche l'article 142 qui confère une protection importante au séquestre intérimaire. L'article 142 stipule que : « Nul n'est responsable d'un acte accompli de bonne foi, conformément à un ordonnance ou à un acte de procédure émanant d'un tribunal de l'Ontario ».

Par conséquent, une ordonnance prise en vertu du paragraphe 47(2) peut enjoindre au séquestre intérimaire :

- a) de prendre possession de tout ou partie des biens du débiteur mentionné dans la nomination;
- b) d'exercer sur ces biens ainsi que sur les affaires du débiteur le degré de contrôle que le tribunal estime indiqué;
- c) de prendre toute autre mesure qu'il estime indiqué.

Les créanciers garantis se sont appuyés en particulier sur l'alinéa c) qui constitue une importante source de pouvoir afin de promouvoir les objectifs du créancier garanti dans la nomination du séquestre et, tout aussi important, de conférer une large immunité au séquestre intérimaire par rapport aux lois par ailleurs applicables et aux motifs de responsabilité⁶¹.

L'article 47.1 de la LFI autorise le tribunal à nommer un séquestre intérimaire lorsque le débiteur a déposé un avis d'intention aux termes de l'article 50.4 de la LFI pour faire une proposition ou lorsqu'une proposition a effectivement été déposée par le débiteur en vertu du paragraphe 62(1). Lorsqu'il est nommé aux termes de l'article 47.1, le séquestre

⁶¹ Par exemple, *Re Royal Oak Mines* 2001 O.J. n° 562 (OCA); *Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord Canadien) c. Curragh Inc.* (1994) 27 C.B.R. (3^e) 148; *Re Big Sky Living* (202) 37 C.B.R. (4^e) 42 (B.R. Alb.) et *ibid.*, Commentaires de David E. Baird, C.R. Ces développements sont analysés en détail dans une liste impressionnante d'articles et de communications émanant surtout de praticiens. Voir, entre autres, Allan Rutman, John Varley et Jeff Carhart, « Interim Receivers Under the Bankruptcy and Insolvency Act », 9 C.B.R. (4^e) 69; Paul Macdonald et Brett Harrison, « Receivership Orders – Where Do We go from Here? » (2004), 21 National Insolvency Review 65; Justin Fogarty, « The Rise of the Interim Receiver: The right approach for the times » vol. 21, National Insolvency Review, févr. 2004; David F.W. Cohen et Davidart. Kolesar, « Interim Receivership: Decline of the Private Receiver in Ontario? », National Insolvency Review (août 2002); Justin Fogarty, « Bankruptcy and Insolvency Update: 1998-1999 The year in Review » 16 National Insolvency Review 77, 1999; Fay Sulley, Torkin, Manes (Cohen & Arbus Toronto) « Directors' and officers' roles and responsibilities in times of insolvency » 10 Comm. Insolvency Review R. 25; févr. 1998, vol. 10, n°3; The Canadian Institute, Advanced Insolvency Law & Practice Conference, *Interim Receivership: The Creditors' Tool for Reorganizing the Debtor*: David F.W. Cohen, Partner, Gowling LaFleur Henderson, LLP et Maxine M. Kerr, Partner, Gowling LaFleur Henderson, LLP.

intérimaire bénéficie de vastes pouvoirs pratiquement semblables à ceux conférés aux séquestres intérimaires en vertu de l'article 47.

Pour compléter le tableau, il convient de signaler que l'article 47.2 autorise le tribunal à créer une première charge sur les avoirs du débiteur avec préséance sur les réclamations de tout créancier garanti, pour couvrir le paiement des honoraires et débours du séquestre intérimaire, en vertu des articles 47 et 47.1⁶².

Mais les beaux jours des séquestres intérimaires aux termes des articles 47 et 47.1 sont maintenant comptés et, ce, pour deux raisons. La première est que les tribunaux ont critiqué les pouvoirs extravagants et les immunités que conféraient les ordonnances de mises sous séquestre⁶³. En particulier, la Cour d'appel de l'Ontario a soutenu dans *GMAC Commercial Credit Corp. v. TCT Logistics*⁶⁴ que le juge de faillite avait outrepassé ses pouvoirs en ratifiant une ordonnance de séquestre intérimaire en vertu de l'article 47, qui précisait que le séquestre n'était pas un nouvel employeur au sens de la *Loi sur les relations de travail de l'Ontario* en relation avec une convention collective signée par le débiteur et ses employés avant la faillite du défendeur.

Le second revers subi par les séquestres aux termes des articles 47 et 47.1 découle du projet de loi C-55 et comporte deux volets. Premièrement, pour ce qui est du temps, la durée maximum d'un mandat de séquestre intérimaire a été fortement amputée et, dans le cas d'une nomination aux termes de l'article 47, se limite maintenant à 60 jours au maximum ou à une durée moindre qui varie en fonction d'une série d'événements, qui est

⁶² « Débours » est défini à l'article 47.2 comme ne comprenant pas les dépenses effectuées dans le cadre des opérations propres aux affaires du débiteur.

⁶³ La pratique peut également avoir été encouragée par une ordonnance type élaborée à Toronto par des avocats spécialisés en insolvabilité et des professionnels de l'insolvabilité. Voir Fred Myers, « The New Standard Form Template Receivership Order – Explanatory Notes for Version No. 1 Sept. 14, 2004 », 17 *Comm. Insolvency Review* 1. Voir par ailleurs David E. Baird, « The Section 47 Interim Receiver: A Modern Trojan Horse Designed by Secured Creditors or the Right Approach for Our Times? » *Annual Review of Insolvency Law* 2005, p. 37.

⁶⁴ (2004) 71 O.R. (3^e) 54.

plus courte ou, dans le cas d'une nomination sur ordonnance en vertu de l'article 47.1⁶⁵, au mandat le plus court en fonction d'une série d'événements. Deuxièmement, les dispositions des al. 47(1)c) et 47(2)d) qui donnaient toute latitude ont été supprimées, ce qui confine le séquestre aux pouvoirs expressément autorisés par la loi.

Néanmoins, même si leurs ailes ont été rognées, on peut parier sans grand risque de se tromper que le recours à des séquestres intérimaires se poursuivra parce que les créanciers garantis les tiennent en haute estime. Il est par conséquent pertinent de se renseigner sur la façon dont les responsabilités personnelles des séquestres intérimaires se comparent aux responsabilités personnelles des syndics analysées ci-dessus et quels sont les mécanismes qui s'offrent à eux pour se soustraire à ces obligations ou les restreindre, même si le raisonnement n'est pas le même.

(a) Obligations personnelles des séquestres intérimaires et moyens de protection

Sous réserve d'une mise en garde importante, il semble que les responsabilités potentielles d'un séquestre intérimaire soient aussi vastes que les responsabilités d'un syndic et puissent inclure la responsabilité relative à des obligations contractuelles et la responsabilité pour rupture de contrat, délit ou violation des obligations de fiduciaire ou d'autres obligations prévues par la loi. Cette proposition est assujettie à une condition soit la réponse à la question de savoir si un séquestre intérimaire est le mandataire de la personne à la demande de laquelle il est nommé ou s'il agit en tant que mandant dans l'exercice de ses pouvoirs – bref, la même question qui sous-tend le débat sur les responsabilités du syndic.

Les juristes⁶⁶ faisant autorité sur cette question ne sont pas clairs quant à l'intention et aux raisons données pour tenir le séquestre personnellement responsable, même si c'est

⁶⁵ Voir le projet de loi C-55, articles 30 et 31.

⁶⁶ Par exemple, *Re Smith & Son* (1929) 10 C.B.R. 393 (Logie J., Ont.) (responsabilité contractuelle; dans le même ordre d'idée *Strapp v. Bull & Sons & Co.* [1895] 2 ch. 1 et d'autres affaires approuvées dans *Moss Steamship Co. v. Whinney* [1912] A.C. 254, aux

dans une moindre mesure. Néanmoins, on semble s'accorder sur le fait que le séquestre intérimaire est personnellement responsable de ses engagements contractuels. Cela peut sembler curieux puisque les séquestres intérimaires sont également considérés comme des officiers de justice étant donné qu'ils sont nommés par le tribunal. On pourrait croire que les séquestres intérimaires devraient être traités comme des espèces de mandataires particuliers. Toutefois, l'idée n'est pas accueillie favorablement car elle conduirait à un résultat inacceptable selon lequel nul ne pourrait être tenu responsable des engagements du séquestre – ni le séquestre qui dit agir uniquement au bénéfice de la personne responsable de sa nomination, ni cette dernière puisqu'elle a demandé une nomination du tribunal précisément parce qu'elle voulait éviter toute responsabilité personnelle et, enfin, ni le tribunal parce que sur le plan constitutionnel il joue un rôle indépendant et ne tire aucun avantage économique de la nomination en question.

Dans la sphère non contractuelle, la dichotomie mandant-mandataire peut être moins troublante, voire non pertinente, comme cela s'avère dans le contexte du syndic. Cela est vrai, par exemple, lorsque la conduite du séquestre est à l'origine de dommages ou de pertes aux biens de la personne insolvable alors qu'il en avait la garde ou lorsque la conduite du séquestre est à l'origine de dommages aux locaux du bailleur⁶⁷.

p. 259, 270 et 271; *Glick v. Jordan* (1967) 11 C.B.R. (N.-É.) 70 (Ont.) (responsabilité contractuelle et pour cause de négligence); cf. *Clifford Van & Storage Co. v. Clifford Van & Storage Co. (Trustee of)* (1989) 73 C.B.R. (N.-É.) 129 (Ont.) (responsabilité du syndic accusé de négligence pour l'enlèvement d'appareils d'éclairage et de biens entreposés dans le local du propriétaire). Ces affaires doivent être mises en opposition avec des décisions sous le régime de l'article 46 dans lesquelles le séquestre intérimaire n'est pas tenu responsable des locaux du bailleur du débiteur pour le motif qu'il n'en était que le conservateur ou le gardien. Voir *In re Soren Bros. (n° 2)* (1926) 7 C.B.R. 545 (Ont.) qui s'appuie également sur le jugement du JCI Tobier dans *Plaskett & Associates Ltd. v. MNR* (1991) 2 C.B.R. (3^e) 13. Comme nous le mentionnons dans le texte, l'article 47.2 habilite le tribunal à rendre une ordonnance créant une première charge sur les avoirs du débiteur, avec préséance sur les réclamations de tout autre créancier garanti, en vertu des articles 47 et 47.1. Il y a eu beaucoup de débat parmi les commentateurs, *supra* note 61, concernant la portée de cette disposition et la discussion pourrait devenir sans objet si les modifications aux articles 47 et 47.1. et 47.2 prévues par le projet de loi C-55 entrent en vigueur.

⁶⁷ Voir *supra* affaires citées à la note 65.

Pour ce qui est des moyens de protection que peut faire valoir le séquestre intérimaire, disons qu'ils englobent le même éventail de possibilités que ceux qui s'offrent au syndic et comportent les mêmes limites. En pratique, les séquestres intérimaires seront bien avisés de ne pas accepter une nomination sans une promesse intégrale de garantie du créancier cherchant à obtenir leur nomination. Il est vrai que l'article 47.2 de la LFI⁶⁸ autorise le tribunal à rendre une ordonnance portant que la réclamation du séquestre à l'égard de ses honoraires et débours constituera une première charge sur les avoirs du débiteur, avec préséance sur les autres réclamations, mais cette charge ne sera valable que pour autant que les actifs confiés au séquestre ont de la valeur. Or, leur valeur peut ne pas être suffisante pour protéger le séquestre contre tous les risques auxquels il peut être exposé.

3. Responsabilité des professionnels de l'insolvabilité en matière de droit public, sur le plan environnemental et en qualité d'employeur

Dans les années 80 et au début des années 90, deux types de responsabilités imposées par le droit public aux professionnels de l'insolvabilité et aux parties garanties, indépendamment de la notion de faute, ont été à l'origine de grandes préoccupations. Le premier a trait à la responsabilité liée aux sites contaminés ou

⁶⁸ Il est stipulé à l'article 47.2 : (1) Le tribunal peut, relativement au paiement des honoraires et débours du séquestre intérimaire, nommé aux termes des articles 47 ou 47.1, rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée, y compris une ordonnance portant que la réclamation de celui-ci à l'égard de ses honoraires et débours constitue une première charge sur les avoirs du débiteur, avec préséance sur les réclamations de tout créancier garanti; le tribunal ne peut, toutefois, décréter que la réclamation du séquestre intérimaire constitue une première charge que s'il est convaincu que tous les créanciers garantis auxquels l'ordonnance pourrait sérieusement porter atteinte ont été avisés à cet égard suffisamment à l'avance et se sont vu accorder l'occasion de se faire entendre. (2) Pour l'application du paragraphe (1), ne sont pas compris parmi les débours les paiements effectués dans le cadre des opérations propres aux affaires du débiteur. (3) La forme et le contenu des comptes du séquestre intérimaire nommé aux termes des articles 46, 47 ou 47.1 et la procédure à suivre pour leur préparation et leur taxation, ainsi que pour la libération du séquestre intérimaire, sont déterminés par les Règles générales.

pollués faisant partie de l'actif du débiteur. Le second découlait de la législation provinciale en matière d'emploi et de relations de travail. Dans le domaine environnemental – pour le moment du moins – les parties opposées semblent être parvenues à un compromis satisfaisant. Grâce à cet heureux dénouement, en qualité de syndics, séquestres, parties garanties ou acheteurs de biens d'entreprises insolubles, les parties ont pu à ce jour se dégager des responsabilités relatives au statut de nouvel employeur. Le second groupe de problèmes mérite par conséquent plus d'attention que le premier.

(a) Responsabilités en matière d'environnement⁶⁹

Dans les années 80, les gouvernements fédéral et provinciaux ont adopté de nombreuses lois environnementales imposant des obligations réelles ou personnelles à une catégorie étendue de personnes ayant ou ayant eu une relation avec un bien ou une entreprise ayant causé des dommages environnementaux. La législation prévoyait l'adoption de directives administratives par les autorités réglementaires environnementales :

- s'adressant aux personnes, qu'elles aient été ou non responsables de la survenue des risques environnementaux;
- sans limite de temps après la cessation de la propriété ou de l'occupation du bien;
- sans égard pour le rapport de cause à effet entre les intimés et les faits ou dommages environnementaux;

⁶⁹ L'analyse qui suit repose en grande partie sur l'article de Joseph Marin et Alex Ilchenko, « Priority of Remediation Costs and Limitation of Environmental Liabilities – Bankruptcy and Insolvency Act and CCAA (Part 1) » (1997) 14 National Insolvency Review 19. Nous reprenons à notre compte tout défaut dans le résumé de leur article très bien fait, qui ne saurait être imputé aux auteurs. Voir également l'article très souvent cité de Dianne Saxe, « Trustees' and receivers' Environmental Liability Update » (1997) 49 C.B.R. (3^e) 138, qui met considérablement l'accent sur l'évolution de l'interaction juridique entre le droit de la faillite et le droit relatif à la réparation des dommages à l'environnement entre 1989 et 1997.

- et sans que la responsabilité soit répartie proportionnellement entre les personnes auxquelles s'adressait l'ordonnance.

Les personnes visées incluait les propriétaires et occupants du terrain, les professionnels de l'insolvabilité chargés de l'administration ou participant autrement à l'administration de l'actif d'un propriétaire insolvable, et les parties garanties détenant une sûreté sur tout ou partie des biens du débiteur. Toutes ces personnes pouvaient être tenues responsables, en vertu de la directive administrative, du coût d'assainissement du bien contaminé et de la terre elle-même, et tout autre bien appartenant au débiteur était grevé d'un privilège de premier rang ayant préséance en faveur de l'autorité réglementaire pour couvrir les coûts d'assainissement. Ces responsabilités étaient imposées aux professionnels de l'insolvabilité et aux parties garanties, même si les dommages à la terre avaient été causés sans que la partie garantie en ait connaissance ou ait donné son consentement.

Ces dispositions ont été une source d'anxiété considérable pour les professionnels de l'insolvabilité et les parties garanties. Les protestations et les discussions avec les autorités réglementaires ont abouti à l'adoption des modifications de 1992 à la LFI, portant sur les paragraphes 14.06(2) et (3) qui dégagent le syndic de toute responsabilité personnelle en vertu du droit fédéral ou provincial relativement à tout fait ou dommage lié à l'environnement survenu avant ou après sa nomination, sauf ceux causés par une négligence grave ou son inconduite délibérée.

Bien qu'ils aient accueilli favorablement cette première étape constructive dans la conciliation des intérêts divergents des diverses parties, les professionnels de l'insolvabilité et les créanciers garantis estimaient également que les modifications de 1992 n'allaient pas suffisamment loin. Et cela, parce que, d'une part, la protection ne valait que pour les syndics agissant pour le compte d'une personne physique faillie et non dans le cadre d'une proposition commerciale et, d'autre part, la modification laissait planer beaucoup d'incertitude sur ce qu'on entendait par négligence de la part du syndic qui avait la haute main sur les lieux visés par une ordonnance d'assainissement de l'environnement.

Au cours des travaux en vue de la deuxième série de modifications à la LFI, en 1997, les représentants fédéraux et provinciaux ont repris leurs négociations de concert avec le Groupe de travail sur les enjeux liés à l'environnement du Comité consultatif de la faillite et de l'insolvabilité. Ces négociations ont abouti à d'autres modifications à la LFI dans loi de 1997, avec les résultats suivants⁷⁰ :

- La protection accordée aux syndics grâce aux modifications de 1992 a été accordée également aux séquestres intérimaires et aux séquestres et syndics agissant dans le cadre de propositions.
- En vertu des modifications apportées en 1997, les syndics ne seront tenus personnellement responsables que des faits ou dommages à l'environnement survenant après leur nomination, sauf lorsque la situation a été provoquée ou est survenue en raison de « leur négligence grave ou inconduite délibérée ».
- Le syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle découlant du non-respect d'une ordonnance administrative de réparation de tout fait ou dommage lié à l'environnement si, dans la période prescrite, il se conforme à l'ordonnance, abandonne tout intérêt dans le bien en cause ou en est dessaisi. Le syndic peut également déposer une requête auprès du tribunal demandant la suspension de l'exécution de l'ordonnance ou l'arrêt des procédures relatives à cette ordonnance.
- Toute réclamation contre le débiteur émanant du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement provincial pour les frais de réparation d'un fait ou dommage lié à l'environnement est garantie par une sûreté sur le bien immeuble en cause et sur ceux qui sont contigus à celui où le dommage est survenu et qui sont liés à l'activité ayant causé le fait ou le dommage, laquelle a priorité sur tout autre droit. Si les coûts d'assainissement dépassent la valeur du bien immeuble grevé d'une sûreté, la différence peut être réclamée en tant que créance non garantie

⁷⁰ LFI, paragraphes 14.06(1.1) à (8), comme modifié, L.C. 1997, c.12, article 15.

ordinaire de l'actif mais ne peut être considérée comme faisant partie des frais d'administration de l'actif lorsque le syndic a abandonné tout intérêt dans le bien immeuble.

(b) Liens entre le droit du travail et le droit de la faillite

Le droit du travail et le droit de la faillite répondent à des finalités essentiellement contradictoires et, dans l'ensemble, les organes gouvernementaux compétents ne sont pas les mêmes. Le droit de la faillite relève de la compétence exclusive du gouvernement fédéral⁷¹ tandis que le droit du travail relève essentiellement de la compétence provinciale, même si le gouvernement fédéral a d'importants pouvoirs en ce qui concerne les entreprises des employés relevant de la compétence fédérale. Le droit du travail a pour finalité la protection et la promotion des intérêts des employés ainsi que la reconnaissance et l'exécution des conventions collectives conclues entre employeurs et employés. Au contraire, le droit de la faillite a pour finalité la liquidation de manière efficace des entreprises insolubles et, si cela est possible, la restructuration des actifs et des passifs pour permettre au débiteur de poursuivre son activité ou de vendre l'entreprise à une autre société qui réalisera alors la fusion des actifs acquis et de ses propres actifs. Toutefois, aucun de ces objectifs ne peut être atteint à moins que le débiteur ne soit en mesure de restructurer son effectif et de négocier une convention collective remaniée avec ses employés. Cela signifie également que les professionnels de l'insolvabilité qui administrent une entreprise insoluble ayant des employés à son service, au moment de leur nomination, devraient peut-être se poser les questions suivantes :

1. Quel est le statut des employés au moment de l'ordonnance d'insolvabilité? Les employés conservent-ils leur statut jusqu'à ce qu'ils soient congédiés et le professionnel de l'insolvabilité est-il libre de les congédier?

⁷¹ *Loi constitutionnelle*, paragraphe 91(21).

2. Si les employés sont congédiés ou démissionnent de leur propre initiative, quels sont leurs droits en ce qui a trait aux arriérés de salaire, aux congés payés et à l'indemnité de cessation d'emploi, ainsi qu'aux autres avantages sociaux qui leurs sont dévolus?
3. Si les employés sont couverts par une convention collective conclue entre l'employeur et un syndicat, cette convention demeure-t-elle en vigueur après la faillite et continue-t-elle de protéger les employés contre une mise à pied unilatérale?

Jusqu'à l'adoption par le Parlement du projet de loi C-55, le 25 novembre 2005, la LFI et la LACC n'avaient pas grand-chose à dire sur ces questions. L'article 136 de l'actuelle LFI⁷² définit la priorité des créances des employés du failli en ce qui a trait aux réclamations d'arriérés de salaire et de gages et les congés payés, mais ne traite pas des autres questions relatives à l'emploi. On peut présumer que ces questions doivent être résolues en fonction des autres lois applicables, fédérales ou provinciales, invoquées en vertu du paragraphe 72(1) de la LFI. De façon plus discutable, la compétence inhérente des tribunaux de la faillite à combler les lacunes de la législation sur l'insolvabilité peut également être invoquée. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *GMAC Commercial Credit Corporation of Can. v. TCT Logistics Inc.*⁷³ (« TCT » ou « TCT Logistics ») est d'importance cruciale, cependant. La Cour y affirme que l'article 215 de la LFI permet au tribunal d'avoir recours à ses pouvoirs discrétionnaires pour donner ou refuser aux employés ou à leurs délégués syndicaux l'autorisation de poursuivre

⁷² Maintenant complètement remaniée par le projet de loi C-55.

⁷³ (2004) 71 O.R. (3d) 54 (C.A.) L'autorisation d'appel a été accordée par la Cour suprême du Canada et l'appel a été entendu, mais le 28 décembre 2005, la Cour n'avait pas encore communiqué son arrêt. On trouvera une analyse approfondie des questions soulevées par *TCT Logistics* dans Ronald B. Davis, « From *St. Mary's Paper* to *TCT Logistics*: Receiver-Managers of Insolvent Companies in a Constitutional Battlefield » (2005) 42 R.C.D.C. 1.

l'employeur pour rupture de convention collective ou de déposer une plainte auprès de la commission des relations du travail compétente.

Comme nous l'avons noté ci-dessus, les incompatibilités entre le droit de la faillite fédéral et le droit du travail provincial et fédéral sont inévitables puisque ces deux branches du droit ont des finalités différentes. La finalité du droit du travail est de protéger les droits du travailleur après l'insolvabilité de l'employeur, de même qu'avant. Quant à la finalité du droit de la faillite, elle consiste à permettre, dans la mesure du possible, le rétablissement des entreprises en difficulté et, dans le cas contraire, la vente de l'établissement en tant qu'entreprise en exploitation ou, en dernier ressort, la liquidation des biens et leur vente pièce par pièce. Du point de vue du débiteur et du point de vue de ses créanciers (en particulier les créanciers garantis qui ont souvent des intérêts majeurs dans l'entreprise) l'objectif de restructuration ne peut être atteint si le professionnel de l'insolvabilité qui administre l'entreprise ou tout acheteur de l'entreprise insolvable est considéré comme un nouvel employeur en vertu du code du travail applicable et, par conséquent, lié par les conventions collectives en vigueur. Et cela, parce que la plupart des acheteurs jugent la convention collective trop onéreuse et incompatible avec leurs objectifs dans l'absorption des nouveaux actifs.

Il semble que les professionnels de l'insolvabilité n'ont pas compris tout de suite ces difficultés, et il a fallu la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re St Mary's Paper Inc.*⁷⁴ pour leur faire comprendre l'ampleur des divergences et les risques graves qu'elles représentaient pour les professionnels de l'insolvabilité et les créanciers garantis. Dans l'espèce, le tribunal a considéré, à la majorité, que KPMG, le syndic et séquestre de l'entreprise faillie, était personnellement responsable de combler déficit dans le régime de retraite de l'entreprise en vertu des dispositions de la *Loi sur les régimes de retraite de l'Ontario*⁷⁵, même si le déficit était survenu avant la faillite de St. Mary's et n'était pas imputable à une faute de KPMG. KPMG a été jugé responsable parce qu'il avait retenu les

⁷⁴ (1994) 19 O.R. (3^e) 163 (C.A.).

⁷⁵ L.R.O. 1990, c.P8 comme modifié.

services de nombreux employés de l'entreprise après la faillite (bien que sur une base de volontariat) et avait accepté de continuer à verser les cotisations au régime de retraite des employés de St. Mary's et de les compléter avec les paiements courants. La Cour d'appel dans un jugement divisé a considéré que ces mesures étaient suffisantes pour que KPMG réponde à la définition de l'employeur, au sens de la *Loi sur les régimes de retraite*.

À l'époque, de nombreux observateurs considérèrent que la décision du tribunal avait mis sur le dos de KPMG une obligation totalement inattendue et injuste⁷⁶. Apparemment, le Parlement était du même avis puisqu'un nouveau paragraphe (14.06(1.2) fut ajouté peu après au cours des modifications de 1997 apportées à la LFI⁷⁷. Cette modification précise que, lorsqu'un syndic poursuit l'activité commerciale du failli ou retient les services des employés du failli, il n'est pas personnellement responsable des réclamations demandant au failli d'effectuer des paiements lorsque ces réclamations découlent d'obligations survenues avant ou au moment de la nomination du syndic.

Dans l'affaire *St Mary's*, la Cour d'appel n'avait pas à décider si KPMG était un nouvel employeur au sens de l'article 69 de la *Loi sur les relations de travail de l'Ontario*. Cette question hautement litigieuse avait été tranchée par le tribunal en 2004 dans l'affaire *TCT Logistics (supra)*. TCT exploitait une entreprise d'entreposage et de camionnage et avait signé une convention collective avec l'Industrial, Wood and Allied Workers Union of Canada. GMAC détenait une sûreté générale sur les actifs de TCT pour garantir une marge de crédit qu'elle avait prolongée.

TCT devint gravement insolvable et GMAC obtint une ordonnance du tribunal aux termes de l'article 47 de la LFI désignant KPMG comme séquestre intérimaire de TCT. L'ordonnance nommant KPMG était rédigée en des termes très généraux. Elle autorisait

⁷⁶ On suppose que KPMG avait conclu une convention d'indemnisation avec les principaux prêteurs garantis qui l'avaient désigné comme séquestre, de sorte que c'est sur leurs épaules que reposa, en fin de compte, le fardeau du jugement.

⁷⁷ Il est stipulé au paragraphe 14.06(1.2) que « Par dérogation au droit fédéral et provincial, le syndic qui, ès qualités, continue l'exploitation de l'entreprise du débiteur ou succède à celui-ci comme employeur est dégagé de toute responsabilité personnelle découlant de toute réclamation contre le débiteur ou liée à l'obligation de celui-ci de payer une somme si la réclamation est antérieure à sa nomination ou découle de celle-ci. »

KPMG à aliéner tout ou partie de l'entreprise et des actifs de TCT et, après modifications, elle stipulait également que KPMG n'était pas le nouvel employeur de TCT et n'était pas lié par la convention collective conclue entre TCT et le syndicat. KPMG utilisa pleinement ces pouvoirs. Le séquestre résilia tous les contrats conclus avec les employés de TCT et réengagea certains des employés, mais selon des modalités fort différentes des anciennes modalités.

Le syndicat prétendit que ce qu'avait fait KPMG constituait une grave violation à sa convention collective avec TCT. Il demanda l'autorisation au juge Ground, en application de l'article 215 de la LFI, d'intenter une action contre KPMG, GMAC et les autres parties en cause dans ces événements. Le juge Ground refusa l'autorisation. Dans un jugement divisé, la Cour d'appel maintint cette décision mais pour des motifs très différents de ceux sur lesquels s'était appuyé le juge Ground.

Les trois membres de la Cour d'appel (les J.C.A. Feldman, Cronk et McPherson) tombèrent d'accord sur les propositions suivantes. Premièrement, l'obligation pour le nouvel employeur, aux termes de la *Loi sur les relations de travail de l'Ontario*, d'honorer les conventions collectives signées par un employeur précédent, découlait d'une législation valide de la province et n'était pas incompatible avec les pouvoirs dévolus aux syndicats et aux séquestres officiels par la LFI. Deuxièmement, le juge de faillite avait outrepassé ses pouvoirs en vertu de l'article 47 en approuvant une ordonnance qui autorisait KPMG à ne pas se conformer aux dispositions de la *Loi des relations de travail de l'Ontario* relatives au nouvel employeur.

Toutefois, les membres de la Cour étaient très divisés sur la question de savoir si le syndicat devait être autorisé ou non, aux termes de l'article 215, à faire valoir ses griefs devant la Commission des relations de travail de l'Ontario. La majorité du tribunal (les J.C.A. Feldman et Cronk) considérait que la demande impliquait la recherche d'un équilibre délicat entre les finalités du droit de la faillite et du droit du travail dans le contexte des faits de l'espèce et la possibilité que le nouvel employeur de TCT envisage de

réembaucher un nombre important d'employés de TCT. Il pensait en conséquence que la demande devait être remise au tribunal de la faillite pour complément d'étude à la lumière du jugement de la majorité. Les J.C.A. Feldman et Cronk convinrent également que l'article 215 n'empêchait pas le tribunal de s'engager dans cette recherche de l'équilibre et que son rôle dans l'étude de la demande ne se limitait pas à déterminer si la revendication était méritoire ou vexatoire et sans fondement en droit.

Le juge McPherson était tout à fait en désaccord. Il estimait que la jurisprudence relative à l'article 215⁷⁸ imposait une faible marge de manœuvre pour qu'un demandeur reçoive la permission du tribunal et il s'opposait fortement à ce que l'article 215 soit transformé en mécanisme de médiation pour résoudre les divergences entre les finalités du droit de la faillite et du droit du travail.

(c) Répercussions du projet de loi C-55 sur TCT Logistics

Le jugement majoritaire dans TCT a été porté en appel devant la Cour suprême du Canada mais, au moment de la rédaction de la présente communication, la Cour suprême n'avait pas encore rendu sa décision. Il semble peu vraisemblable que l'arrêt de la Cour, quelle que soit la voie choisie, maintienne le pouvoir des professionnels de l'insolvabilité de se soustraire aux obligations des conventions collectives et empêche l'acheteur d'une entreprise faillie d'être traité comme un nouvel employeur.

Les raisons pour lesquelles je parviens à cette conclusion sont les suivantes. Tous les juges d'appel dans TCT ont convenu que le tribunal de la faillite avait outrepassé ses pouvoirs en autorisant la vente de l'entreprise de TCT sans les obligations d'un nouvel employeur. Ils ont également convenu que la législation du travail de la province était valide et, par conséquent, qu'elle avait force exécutoire sur les personnes faillies et les administrateurs de l'insolvabilité. Pour ce seul motif, il est peu vraisemblable que les futurs séquestres intérimaires seront tentés de suivre l'exemple de KPMG et de se laisser leurrer

⁷⁸ En particulier, la décision du tribunal dans *Mancini (Trustee of) v. Falconi* (1989) 76 C.B.R. (N.-É.) 90 (Ont.).

par l'espoir de parvenir peut-être à persuader un juge de faillite de refuser l'autorisation en vertu de l'article 215, afin d'empêcher un syndicat d'exécuter la convention collective. Les risques de perdre sont trop grands. Il semble également peu vraisemblable qu'une partie garantie, même fort bien nantie, coure le risque de financer un exercice coûteux à ce point.

La seconde raison pour mettre en doute l'incidence durable de la décision de la majorité dans TCT provient des dispositions du projet de loi C-55. Directement et indirectement, ces dispositions stipulent très clairement que les conventions collectives sont censées demeurer en vigueur après l'ouverture des procédures d'insolvabilité⁷⁹ et ne peuvent être cédées ou désavouées par un employeur failli sans l'autorisation du syndicat⁸⁰. Tout ce que peut faire un employeur failli, dans le but de persuader le syndicat d'accepter des changements dans la convention collective, c'est de demander au tribunal de l'autoriser, par ordonnance, à transmettre à l'agent négociateur un avis de négociations collectives⁸¹. De nombreux observateurs s'interrogent sur la valeur de cette disposition.

Les modifications du projet de loi C-55 ont été adoptées par le gouvernement Paul Martin face à des pressions extrêmement fortes de la part des syndicats demandant que le Canada ne suive pas l'exemple américain⁸², et ne permette pas aux tribunaux canadiens de la faillite d'autoriser la renonciation aux conventions collectives lorsque les parties ont été incapables de parvenir à une entente et que le tribunal est d'avis que l'entreprise ne peut être sauvée sans une convention collective remaniée. Naturellement, cela ne signifie pas que les compagnies débitrices visées par la LACC ne seront pas en mesure de continuer à négocier avec les syndicats des changements aux conventions collectives sur une base consensuelle et que des juges énergiques comme le juge Farley ne continueront pas à faire valoir en coulisses des arguments puissants et convaincants, au nom de la morale, pour persuader les

⁷⁹ Projet de loi C-55, modifications à la LACC, paragraphe 33(1). Il ne semble pas qu'il y ait des dispositions parallèles dans les modifications du projet de loi portant sur la LFI.

⁸⁰ Projet de loi C-55, modifications à la LFI, paragraphes 11.3(2) et 65.11(2); modifications à la LACC, paragraphe 33(2).

⁸¹ *Ibid.*, modifications à la LFI, article 65.12; modifications à la LACC, paragraphe 33(2).

⁸² Voir le US Bankruptcy Code, article 1113.

parties de faire des compromis en vue de sauver des entreprises importantes⁸³. Ce que cela signifie, c'est que les tribunaux ne joueront plus un rôle officiel dans la résolution du conflit et que les parties devront avoir recours à l'arbitrage, à la médiation ou à d'autres mécanismes extrajudiciaires pour essayer de trouver des compromis afin de sauver une entreprise qui bat de l'aile⁸⁴.

⁸³ Comme l'a montré la réorganisation de sociétés insolubles comme Algoma Steel, Air Canada et, récemment, Stelco, l'intérêt des parties peut, en fin de compte, les persuader de faire suffisamment de concessions pour permettre à l'entreprise de survivre.

⁸⁴ Cf. Stephen Wahl, « Bankruptcy and Insolvency: High Stakes Poker at the Collective Bargaining Table » dans *Annual Review of Insolvency Law 2004*, p. 203. M. Wahl ne nous dit pas, non plus que les juges de la majorité dans *TCT Logistics*, ce qui se produit si le syndicat et les autres parties ne peuvent parvenir à une entente. On peut présumer que la liquidation de l'entreprise sera la seule option, bien qu'elle puisse ne pas être dans l'intérêt des travailleurs ou de la collectivité. Par le passé, le juge invoquant la doctrine de leurs pouvoirs inhérents en vertu de la LACC ont souvent déclaré ou laissé entendre que la somme est plus importante que les parties et que les créanciers peuvent être tenus de faire des sacrifices pour permettre à la compagnie débitrice de survivre. Toutefois, cette proposition n'a jamais été appliquée de façon cohérente et elle n'est pas en accord avec les droits de vote et les droits de veto implicites dévolus aux catégories de créanciers en vertu de la LACC. La résolution de ce dilemme est probablement la plus importante question à laquelle est confronté le droit de la faillite contemporain canadien, de même que de nombreux autres régimes d'insolvabilité.

C. STATUT ET RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES CONTRÔLEURS AUX TERMES DE LA LACC⁸⁵

Nous avons mentionné ci-dessus que les contrôleurs ont été introduits par les tribunaux canadiens à la fin des années 80 et au début des années 90 dans le cadre d'un effort pour redonner vie à la LACC dans une situation de crise économique. La nomination des contrôleurs a été perçue par les tribunaux et le milieu du crédit comme un compromis entre deux solutions, soit transférer la direction d'une entreprise battant de l'aile dans des mains entièrement nouvelles, d'une part, ou faire confiance à la direction actuelle pour ne pas faire périr davantage l'entreprise, de l'autre. Le contrôleur a été mis en place pour servir de chien de garde pour les intérêts des créanciers, pour faire enquête sur les affaires du débiteur et pour informer les créanciers et le tribunal de tout changement important dans les affaires du débiteur.

L'article 11.7 de la LACC, adopté en 1997, rend obligatoire la nomination d'un contrôleur et définit également le statut et les pouvoirs de cette personne. À savoir :

- surveiller les affaires et les finances de la compagnie;
- déposer auprès du tribunal les rapports sur l'état des affaires et des finances de la compagnie;
- prévenir les créanciers lorsqu'un rapport a été déposé auprès du tribunal et en cas de changement négatif important au chapitre de la situation financière de la compagnie;
- accomplir tout ce que le tribunal lui ordonne de faire (alinéa *d*).

⁸⁵ « Des agents principaux de la restructuration » (APR) ont également fait leur apparition dans le sillage de la LACC au cours des dix dernières années. Toutefois, ces personnes ne sont pas nommées par le tribunal mais par les administrateurs de la compagnie débitrice souvent à la demande pressante des principaux créanciers (et n'ont pas de statut officiel en vertu de la LACC). Quoiqu'il en soit, ils ne participent pas habituellement à l'exploitation de l'entreprise du débiteur. (Je tiens à remercier David E. Baird, C.R., pour cette information.) C'est pourquoi la responsabilité des APR n'est pas analysée dans le présent rapport.

La dernière obligation, formulée à l'alinéa d) est manifestement d'une grande importance théorique. Elle reflète le fait que par le passé les ordonnances du tribunal ont parfois dévolu d'importantes fonctions de gestion au contrôleur⁸⁶. Lorsque c'est le cas, le contrôleur cumulera plusieurs fonctions, ce qui peut susciter la crainte de conflits d'intérêts entre ses fonctions de contrôle et de gestion.

(a) Caractérisation du statut du contrôleur et du risque de responsabilité personnelle

Si l'on suppose que le rôle du contrôleur se limite à celui de chien de garde, comment son statut est-il défini aux fins de la responsabilité? Manifestement, il s'agit d'un officier de justice, puisqu'il doit sa nomination au tribunal et qu'il est tenu de lui présenter des rapports. Toutefois, cela ne nous conduit pas très loin. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les séquestres intérimaires sont également des officiers de justice, mais ils ne sont pas traités comme des mandataires du tribunal. Il est tout aussi évident que le contrôleur n'est pas un dirigeant ou un mandataire de la compagnie débitrice, puisque cette dernière ne l'a pas nommé et n'a pas la haute main sur ses activités. Cela nous amène à la conclusion que le contrôleur est un fonctionnaire indépendant qui sera jugé responsable de ses propres contrats et autres obligations et qu'il pourrait être poursuivi en justice s'il ne les honore pas.

Cette conclusion ne devrait pas être une source d'inquiétude pour les contrôleurs. Les raisons en sont les suivantes : les dépenses du contrôleur sont la plupart du temps fort modestes. Deuxièmement, à moins que le contrôleur ne joue un rôle dans la gestion, il n'a pas à craindre de faire l'objet de réclamations au titre du salaire et du régime de pensions des employés. Troisièmement, l'article 11.8 de la LACC renferme des dispositions qui font

⁸⁶ Dans l'affaire *Jeffrey Mines*, en vertu de la LACC, par exemple, [2003] R.J. Q. n° 420, le contrôleur dirigea la mine probablement parce que la direction avait démissionné et que nul n'était disponible ou n'avait les qualités requises pour prendre sa place. Les administrateurs de la compagnie avaient peut-être également perdu confiance dans la direction précédente. Ces deux phénomènes sont assez courants lorsque les entreprises sont en butte à de graves difficultés financières. Le contrôleurs sont souvent nommés précisément parce qu'ils ont acquis un savoir-faire reconnu en tant que spécialistes de la restructuration.

écho au paragraphe 14.06(1.2), (1.3) de la LFI et dégagent le contrôleur de toute responsabilité relative à des créances contre l'actif découlant d'actes commis avant la date de sa nomination. De même, l'article 11.8(3) de la LACC jusqu'au paragraphe 11.8(9), lui confère la même protection contre les réclamations liées à l'environnement que celle offerte aux syndic et aux séquestres intérimaires en vertu des paragraphes 14.06(3) à 14.06(9) de la LFI. Quatrièmement, dans la mesure où il est question des honoraires et débours du contrôleur, bien qu'ils ne soient pas expressément réglementés par la LACC, les ordonnances du tribunal en vertu de la LACC autorisent depuis longtemps leur paiement et leur ont donné le statut de droit réel prioritaire sur les actifs de la compagnie⁸⁷.

Il semble par conséquent que la seule responsabilité importante à laquelle puisse être exposé un contrôleur concerne la responsabilité par rapport à la compagnie débitrice et à ses créanciers en cas de négligence de sa part dans la préparation des états financiers et des rapports. Le paragraphe 11.7(4) de la LACC stipule que le contrôleur « s'il agit de bonne foi et prend toutes les précautions voulues pour bien préparer le rapport » ne peut être tenu responsable des dommages ou pertes subis par la personne qui s'y fie. Les termes cités impliquent que le contrôleur sera tenu responsable si son rapport a été préparé de manière négligente. Certains prétendent toutefois que cette déduction n'est pas justifiée et que tout ce que dit le paragraphe 11.7(4) c'est que le contrôleur *peut* être exposé à des obligations en vertu de la doctrine *Hedley Byrne*⁸⁸. Il ne s'ensuit pas que des obligations en découleront naturellement, même si le rapport du contrôleur contient des erreurs ou des omissions importantes. Au cours des dix dernières années, la Cour suprême du Canada a considérablement rétréci la portée de la doctrine *Hedley Byrne*⁸⁹. Il est raisonnable de

⁸⁷ Voir *Re United Used Auto* (1999) 12 C.B.R. (4^e) 144 (C.-B.), qui fait autorité en la matière.

⁸⁸ *Hedley Byrne & Co v. Heller Partners Ltd.* [1964] C.A. 465.

⁸⁹ Voir Earl Cherniak et Elissa How, « Policy and Predictability: Pure Economic Loss in the Supreme Court of Canada » (1999) 31 R.C.D.C 209.

supposer que cette jurisprudence sera également invoquée si des réclamations sont faites contre un contrôleur sur l'allégation de négligence dans la préparation de ses rapports.

**D. LOI SUR LES LIQUIDATIONS ET LES RESTRUCTURATIONS :
RESPONSABILITÉ PERSONNELLE ET LÉGALE DES LIQUIDATEURS**

Il n'est pas nécessaire d'analyser en profondeur le statut et les responsabilités personnelles des liquidateurs en vertu de la LLR. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, la Loi est maintenant utilisée presque exclusivement par les institutions financières et d'autres sociétés qui y sont énumérées, lesquelles ne peuvent avoir recours à la LFI ou à la LACC si elles sont insolvables. La LLR est par conséquent d'un intérêt limité pour notre propos, sauf sous un aspect : le recours à un liquidateur plutôt qu'à un syndic pour administrer et liquider les affaires d'une société insolvable, et ce que dit la Loi sur les avantages comparatifs des deux mécanismes.

En vertu de la LLR, le tribunal nomme le liquidateur (article 23) qui peut être une personne morale (article 29). Le tribunal peut également nommer un liquidateur provisoire (article 28). Cette nomination relève immédiatement les administrateurs de la société de leurs droits, devoirs et pouvoirs. Une comparaison entre les dispositions de la LLR et celles de la LFI montre qu'il y a de fortes similitudes entre les attributions, devoirs et pouvoirs d'un syndic et d'un liquidateur⁹⁰. Il n'y a rien d'étonnant à cela. Les deux représentants officiels remplissent la même fonction – assurer le déroulement normal de la liquidation ou de l'aliénation des biens de la compagnie sous la supervision du tribunal et selon les instructions d'un comité d'inspecteurs (le cas échéant) et répartir le produit net de l'actif entre les créanciers de l'entreprise en fonction de leur rang.

La principale différence sur le plan théorique entre un liquidateur et un syndic est que le liquidateur nommé par le tribunal est considéré comme le mandataire de l'entreprise

⁹⁰ Cf. Kevin McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999) § 1132, et *Re Home Colonial Ins Co.* [1930] 102, p. 124-125.

en vertu de la loi⁹¹ et qu'il n'a aucun titre par rapport aux actifs de la compagnie. En vertu de la LFI, en revanche, le syndic se voit automatiquement confier la propriété de la compagnie débitrice, dès sa nomination, alors que dans le cas d'une liquidation la propriété demeure aux mains de la compagnie ou personne morale. La distinction a été considérée comme fort importante par le juge Gonthier dans le libellé de l'arrêt de la Cour suprême dans *Coopérants Mutual Life Ins Socy c. Dubois Richard*⁹². La partie plaignante et la compagnie défenderesse insolvable possédaient deux propriétés immobilières en commun (*en indivision*) dans la Ville de Laval. Le contrat offrait la possibilité à la partie non insolvable d'acheter les intérêts de l'autre partie si l'une d'entre elles devenait insolvable, mais il n'avait pas été enregistré auprès du cadastre. Coopérants devint insolvable et le plaignant le poursuivit pour obtenir l'exécution du contrat. Le liquidateur s'opposa à l'exécution en faisant valoir, entre autres, que le contrat n'avait pas été enregistré et qu'il (le liquidateur) se trouvait dans la situation d'une tierce partie. La Cour suprême rejeta les deux arguments. Le juge Gonthier souligna⁹³ le rôle de mandataire du liquidateur et le fait que Coopérants avait conservé sa personnalité juridique et le titre de sa propriété. Il opposa cette situation à la situation d'un syndic en vertu de la législation canadienne sur la faillite. Apparemment, donc, la différence de statut entre un liquidateur et un syndic lui est apparue comme significative et non pas seulement de pure forme.

Cela étant dit, il s'ensuit que le liquidateur, en raison de son statut de mandataire de la compagnie, à la différence d'un syndic, n'est pas personnellement responsable des dettes de la compagnie après sa liquidation, à moins qu'il n'engage son crédit personnel. Comme un syndic, toutefois, un liquidateur peut être passible de poursuites pour violation de ses obligations de fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions et pour défaut d'exercice d'une compétence et de précautions raisonnables dans la liquidation des affaires de la compagnie.

⁹¹ Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 3^e éd. (2005), p. 120-121; *Knowles v. Scott* [1891] 1 ch. 717.

⁹² [1996] 1 R.C.S. 900.

⁹³ *Ibid.*, aux paragraphes 30 à 34.

Pour des raisons évidentes, la LLR n'a pas de disposition comparable au paragraphe 31(4) de la LFI et n'en a pas besoin. Moins claire est la question de savoir si la permission du tribunal est nécessaire pour qu'une tierce partie intente une action contre le liquidateur en alléguant la violation de ses obligations en qualité de liquidateur. La réponse semble être qu'aucune permission de ce genre n'est requise puisque la LLR ne renferme pas d'article faisant pendant à l'article 215 de la LFI. La LLR impose toutefois une suspension de toutes les procédures contre la compagnie après qu'une ordonnance de liquidation a été rendue (article 21). Cette restriction ne semble s'appliquer qu'aux réclamations qui surviennent avant l'ordonnance de liquidation et non aux réclamations faisant suite à la liquidation⁹⁴. Quoiqu'il en soit, une réclamation contre le liquidateur sur une allégation de non-respect de ses obligations donnerait lieu à une poursuite contre lui, personnellement, et non contre la compagnie et, par conséquent, court-circuiterait également l'article 21.

⁹⁴ Vérifier si des textes font autorité, le cas échéant.

III RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ EN VERTU DU DROIT ANGLAIS

A. INTRODUCTION

Nous avons mentionné ci-dessus la divergence fondamentale entre les approches canadienne et anglaise de l'administration de l'insolvabilité, qui s'est concrétisée avec l'adoption par le Canada de la *Loi sur la faillite* de 1919. Cela s'est produit lorsqu'il a été décidé que la Loi s'appliquerait aux personnes morales de même qu'aux personnes physiques, et que le Canada a été contraint de s'écarter de la jurisprudence anglaise bien établie selon laquelle la liquidation des compagnies insolubles (de même que des compagnies solvables) devait être régie par une loi distincte. Nous avons également mentionné la nomenclature distincte adoptée dans la loi anglaise pour décrire les administrateurs de l'insolvabilité des compagnies et le statut différent qui leur est accordé par rapport à celui des syndics qui s'occupent de la faillite des particuliers.

Depuis lors, de nouvelles lois importantes ont été adoptées en Angleterre, notamment l'*Insolvency Act* de 1986⁹⁵ et les modifications subséquentes, en particulier celles apparaissant dans l'*Enterprise Act* de 2002⁹⁶. Ces initiatives ont à la fois rapproché les régimes d'administration de l'insolvabilité canadien et anglais à certains égards, tout en élargissant les divergences sous d'autres aspects. Les changements importants à la loi anglaise sont les suivants :

- Les dispositions régissant la liquidation des compagnies et les procédures de faillite des particuliers ont été regroupées dans un même texte, soit l'*Insolvency Act* de 1986, mais la distinction entre les deux procédures a été maintenue.

⁹⁵ Lois du Royaume-Uni 1986, c. 45.

⁹⁶ Lois du Royaume-Uni 2002, c. 40.

Toutefois, pour certaines fins, une série de règles ont été adoptées, lesquelles s'appliquent à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales⁹⁷.

- La Loi de 1986 renferme un chapitre distinct traitant des mises sous séquestre privées désormais décrites comme étant des « mises sous séquestre administratives »⁹⁸. Toutefois, l'*Enterprise Act* de 2002 a considérablement réduit l'accessibilité des mises sous séquestre privées et, dorénavant, dans la plupart des cas, les titulaires de charges flottantes doivent avoir recours aux nouvelles dispositions régissant l'administration pour trouver une solution aux problèmes d'endettement de la compagnie⁹⁹.
- Le concept d'administration introduit dans la législation de 1986¹⁰⁰, et plus tard expliqué de manière plus fine encore dans les modifications de 2002, est un type unique de procédure de « survie » pour les entreprises en difficultés financières. Son objet est de permettre à un nouveau fonctionnaire, l'administrateur, de prendre la direction de l'entreprise et d'explorer les meilleures solutions pour la sortir de ses difficultés financières. Toutefois, à la différence de la LACC, cette tutelle administrative n'entraîne pas réellement la restructuration de la compagnie mais ne fait que planter le décor pour le cas où l'administrateur déterminerait qu'il est possible d'assurer son sauvetage.
- La Loi de 1986 a introduit deux nouvelles procédures (les « compromis volontaires ») pour restructurer les dettes des personnes insolvables, une pour les personnes morales¹⁰¹ et une pour les personnes physiques¹⁰². Les deux procédures sont devenues de plus en plus courantes. Ces compromis volontaires pour les personnes physiques et morales ont leur pendant dans la loi canadienne,

⁹⁷ *Insolvency Act* 1986, comme modifié, partie III

⁹⁸ *Insolvency Act*, paragraphe 29(2).

⁹⁹ R.M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 3^e éd. (2005), 1.23.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 1.21.

¹⁰¹ *Insolvency Act*, partie I.

¹⁰² *Insolvency Act*, partie X.

sous la forme des propositions commerciales et des propositions de consommateur dans la Partie III, Sections 1 et 2 de la LFI.

- La Loi de 1986 et la Loi de 2002 ont également peaufiné le rôle de l' « Official Receiver » ou administrateur judiciaire¹⁰³, lequel agit en tant que syndic ou liquidateur lorsqu'on ne peut convaincre un professionnel de l'insolvabilité du secteur privé d'agir (généralement dans le cas où l'actif est de trop faible valeur pour que la charge soit attrayante) et, parallèlement, prône le recours au compromis volontaire pour les personnes physiques et morales en offrant les services de l'administrateur judiciaire à un coût inférieur à celui des professionnels de l'insolvabilité.

¹⁰³ *Insolvency Act*, partie XIV comme modifié.

B. STATUT, DEVOIRS ET RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES
PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ ANGLAIS
DANS LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

1. Faillites

Le syndic est titulaire d'une licence qui lui est délivrée par le bureau de l'Insolvency Service (IS) et il doit être membre d'une organisation professionnelle reconnue ou demander directement son agrément à l'IS¹⁰⁴. Le syndic est également tenu de fournir une sûreté en garantie de l'exécution loyale de ses fonctions. Les personnes morales ne sont pas habilitées à faire office de syndic¹⁰⁵. Les devoirs et attributions du syndic sont essentiellement les mêmes que celles stipulées aux termes de la LFI¹⁰⁶. De même, le syndic se voit conférer à sa nomination le titre de propriété des biens non saisissables du failli.

En conséquence, il est bien établi depuis le XIX^e siècle que les syndics sont personnellement responsables des contrats conclus expressément ou implicitement au bénéfice de l'actif, et cela est toujours le cas aujourd'hui¹⁰⁷. Il n'y a eu aucune initiative pour changer cette situation et, curieusement, il y a très peu de débat sur la question dans les textes éminents du droit anglais de la faillite et de l'insolvabilité¹⁰⁸. L'*Insolvency Act* ne renferme pas de disposition comparable au paragraphe 31(4) de la LFI et aucune disposition comparable à l'article 215 de la LFI, lequel exige la permission du tribunal pour qu'une poursuite soit intentée contre un syndic. En revanche, l'article 303 (qui semble être le pendant anglais de l'article 37 de la LFI) permet le dépôt d'un recours contre le syndic

¹⁰⁴ Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, 3^e éd. (2002), 2-010/2.

¹⁰⁵ *Insolvency Act*, article 390.

¹⁰⁶ Pour des précisions, voir Fletcher, *op cit.*, 7-053.

¹⁰⁷ Par exemple, *Re Lister* [1926] ch. 149.

¹⁰⁸ Par exemple, *Williams' Law and Practice in Bankruptcy*, 18^e éd., London: Stevens, 1968; Fletcher, *supra* n° 104, 8-089.

pour faute d'exécution, bien qu'apparemment sans préjudice de responsabilité dont la source n'est pas l'article¹⁰⁹.

Mon explication personnelle de l'acceptation du *statu quo* est la suivante : 1) Les professionnels de l'insolvabilité n'acceptent pas une nomination lorsqu'ils ne sont pas sûrs qu'il y a suffisamment de biens pour couvrir au moins leurs honoraires et débours éventuels. 2) L'obligation qui est faite à l'administrateur judiciaire d'agir en qualité de syndic lorsque les créanciers n'ont pas nommé un syndic (ce qui semble maintenant représenter la grande majorité de tous les cas d'insolvabilité personnelle)¹¹⁰ laisse en fait aux professionnels de l'insolvabilité du secteur privé les dossiers le plus rémunérateurs et comportant le moins de risque. 3) Les dossiers d'insolvabilité commerciale importants concernent des personnes morales et les liquidateurs, comme nous l'avons vu, n'assument pas la responsabilité personnelle des contrats postérieurs à la liquidation. 4) Un tribunal anglais est habilité à exonérer les syndics de toute responsabilité personnelle en vertu de l'article 61 de la *Trustee Act* de 1925¹¹¹. Toutefois, il semble peu vraisemblable qu'un tribunal puisse exercer ce pouvoir discrétionnaire en faveur du syndic dans un cadre contractuel, étant donné que ce dernier aurait de la difficulté à remplir les critères de l'article 61. 5) Une autre explication possible à l'absence apparente de préoccupation concernant la responsabilité personnelle des syndics est que l'*Insolvency Act* investit le syndic de larges pouvoirs quant au rejet des contrats onéreux¹¹². Toutefois, il est difficile de comprendre pourquoi cela influencerait la décision de faire office de syndic ou non dans un dossier. En *common law*, rien n'oblige un syndic à exécuter des contrats coûteux et les

¹⁰⁹ *Insolvency Act*, article 304; Fletcher, *op cit.*, 7-058.

¹¹⁰ Selon un auteur anglais, de nombreux professionnels de l'insolvabilité considèrent que la Loi [2002] est « the end of the road for them ». Voir Stephen Davies, C.R. (sous la direction de), *Insolvency and the Enterprise Act 2002* (2003), p. 189.

¹¹¹ *Trustee Act* 1925, article 61. Toutefois, je n'ai pas réussi à trouver de jugements où il était question d'une requête de ce genre émanant d'un professionnel de l'insolvabilité anglais.

¹¹² *Insolvency Act*, paragraphe 315(1). Les liquidateurs de compagnies bénéficient du même pouvoir.

dispositions de la loi n'ont fait que rendre explicite ce qui a toujours été implicite. Une autre explication possible à l'absence de controverse suscitée par le fait que le syndic anglais assume la responsabilité personnelle de l'exécution des obligations contractuelles est que leurs honoraires et débours ont préséance sur les charges flottantes et les réclamations préférentielles contre l'actif. Cette raison n'est pas non plus convaincante. Si, d'entrée de jeu, l'actif comporte trop peu de biens, le fait d'avoir préséance ne motivera guère le syndic à assumer le risque d'être tenu personnellement responsable des dettes de l'actif après la faillite.

(a) Poursuites judiciaires contre les syndics

Comme nous l'avons mentionné, l'*Insolvency Act* ne renferme pas de disposition comparable à l'article 215 de la LFI. Les dispositions pertinentes de l'*Insolvency Act* semblent être les suivantes. En vertu du paragraphe 303(1), le tribunal anglais dispose d'un pouvoir étendu qui l'habilite à donner des directives et à rendre toute ordonnance ayant une incidence sur l'administration de l'actif. Ce pouvoir est similaire, mais apparemment non identique, aux pouvoirs conférés aux tribunaux canadiens en vertu de l'article 37 de la LFI. L'article 304 de l'*Insolvency Act* porte sur les requêtes pour délit et permet au tribunal de rendre une ordonnance de réparation lorsque le syndic s'est rendu coupable de détournement de biens de l'actif¹¹³, qu'il a commis un manquement aux obligations de fiduciaire, ou tout autre manquement. Il semble que l'article 304 n'empêche pas une partie lésée d'intenter une action en bonne et due forme contre le syndic.

2. Statut et responsabilités du liquidateur

¹¹³ Mentionnons toutefois, en revanche, que le paragraphe 304(3) dégage le syndic de toute responsabilité pour pertes ou dommages en cas de saisie ou d'aliénation par inadvertance de biens n'appartenant pas à l'actif.

Il est établi depuis longtemps en Angleterre que le liquidateur est un mandataire de la compagnie en liquidation¹¹⁴ et, par conséquent, qu'il n'est pas personnellement responsable des contrats qu'il conclut pour le compte de la compagnie. La compagnie sera responsable, même si elle n'a pas nommé le liquidateur. De même, le liquidateur ne sera pas personnellement responsable des conventions collectives qu'il choisit de maintenir, même s'il n'y a pas de biens dans l'actif. Les réclamations des employés prendront rang en tant que réclamations préférentielles et auront préséance sur les charges flottantes mais non sur les charges fixes¹¹⁵.

3. Séquestres administratifs¹¹⁶

Nous avons fait ci-dessus un historique des mises sous séquestres privées en Angleterre et du rôle important qu'elles jouent dans l'exécution des charges flottantes données par une société sur ses actifs. Nous avons également fait observer que, selon les conditions d'une reconnaissance de dette type, si un séquestre est nommé par la partie garantie, il est réputé être le mandataire de la compagnie débitrice, et non celui de la partie garantie. Cette pratique est maintenant reconnue dans la loi, à l'alinéa 44(1)a) de l'*Insolvency Act*. Toutefois, l'al. 44(1)b) fait état de deux importantes exceptions. Dans le premier cas, le séquestre est personnellement responsable des contrats qu'il a conclus dans l'exercice de ses fonctions. Dans le second, il est personnellement responsable des contrats de travail ou conventions collectives qu'il a « adoptés », mais la responsabilité est restreinte

¹¹⁴ *Re Silver Valley Mines (1882)* 21, ch. D 381, 392. (L'affaire concernait notamment les obligations du liquidateur et le devoir d'impartialité dans le traitement des intérêts des créanciers.) Pour une description plus nuancée de la position du liquidateur, voir *Ayerst v. C & K (Construction) Ltd.* [1976] A.C. 176.

¹¹⁵ *Insolvency Act*, article 175, 386; Fletcher, *op. cit.*, 17-004.

¹¹⁶ Le séquestre administratif ou « Administrative receiver » est défini au paragraphe 29(2), partie III de l'*Insolvency Act*.

par suite d'une modification apportée en 1994¹¹⁷. Les auteurs anglais décrivant les dispositions de 1986 n'expliquent pas le bien-fondé qu'il y a à imposer ces responsabilités personnelles au séquestre administratif. Cela s'explique sans doute par le fait qu'étant donné que le séquestre n'agit que pour le bénéfice de la partie garantie, et non pour les créanciers en général, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il assume la responsabilité de cette catégorie de créanciers particulièrement vulnérables et qu'il cherche à être indemnisé par la partie garantie au cas où les actifs du débiteur se révéleraient insuffisants pour satisfaire les revendications des employés.

¹¹⁷ L'article 44, comme modifié, se lit comme suit : 1) Le séquestre administratif d'une compagnie; a) est réputé être le mandataire de la compagnie, à moins que cette compagnie ne soit liquidée ou jusqu'à la date de sa liquidation; b) est personnellement responsable de tout contrat qu'il conclut dans l'exercice de ses fonctions (sauf indication contraire dans ledit contrat) et de tout contrat de travail qu'il a adopté dans l'exercice de ses fonctions; et c) a droit, en ce qui a trait à cette responsabilité, à être indemnisé sur les actifs de la compagnie. 2) Pour l'application de l'alinéa (1)b), le séquestre administratif n'est pas censé avoir adopté un contrat de travail pour quelque chose qu'il aura fait ou omis de faire dans les 14 jours suivant sa nomination. (2A) Pour l'application de l'alinéa (1)b), une responsabilité en vertu d'un contrat de travail est une responsabilité limitée si : a) il s'agit de l'obligation de payer une somme d'argent au titre de gages ou de salaires ou d'une cotisation à un régime de pension professionnel; b) elle est contractée pendant que le séquestre administratif s'acquitte de ses fonctions; et c) elle concerne des services rendus en tout ou en partie après l'adoption du contrat. (2B) Lorsqu'une somme d'argent à acquitter relativement à une obligation qui est une obligation restreinte en application de l'alinéa (1)b) est payable pour des services rendus en partie avant et en partie après l'adoption du contrat, l'obligation en vertu de l'alinéa (1)b) ne vise que la somme qui est payable en contrepartie des services rendus après l'adoption du contrat. (2C) Pour l'application des paragraphes (2A) et (2B) : a) les gages ou salaires payables pour une période de congés ou d'absence du travail pour des raisons de maladie ou toute autre cause valable sont réputés être des gages ou un salaire (selon le cas) en contrepartie de services rendus au cours de cette période et b) une somme payable en remplacement de congés est réputée être des gages ou un salaire (selon le cas) en contrepartie de services rendus au cours de la période de référence à laquelle le droit au congé a été contracté. (2D) À l'alinéa (2C)a), la mention de gages ou de salaires payables en ce qui a trait à une période de congé inclut toute somme qui, si elle avait été payée, aurait été traitée pour l'application de dispositions se rapportant à la sécurité sociale en tant que gains relativement à cette période. (3) Cet article ne porte atteinte à aucun droit à une indemnité que pourrait avoir le séquestre administratif, à part cela, ni ne limite sa responsabilité relativement aux contrats conclus ou adoptés sans autorisation, et ne confère aucun droit à une indemnité en ce qui a trait à cette responsabilité. La seconde exception est à l'origine de quantités de litiges. Pour des précisions, voir Goode, *op cit.*, p. 9-53 et suivantes.

4. Administrateurs des sociétés¹¹⁸

Comme dans le cas du séquestre administratif, l'*Insolvency Act* considère l'administrateur comme un mandataire de la compagnie¹¹⁹ mais, à la différence du séquestre administratif, il est un véritable mandataire puisqu'il a comme obligation de promouvoir les intérêts de tous les créanciers de l'entreprise. C'est sans doute la raison pour laquelle l'*Insolvency Act* ne tient pas l'administrateur responsable personnellement, même pour le salaire des nouveaux employés recrutés, non plus que pour les contrats des employés antérieurs à sa nomination qu'il est réputé avoir adoptés. On peut s'interroger sur la question de savoir si cette explication de la non-responsabilité de l'administrateur est entièrement satisfaisante, et nous y reviendrons dans la partie du document réservée à la conclusion.

Comme le liquidateur, l'administrateur d'une compagnie doit rendre compte de ses actions et peut faire l'objet de poursuites pour faute d'exécution s'il a abusé de ses pouvoirs ou violé d'autres obligations. Fait important, l'administrateur est également en mesure de chercher à être exonéré de toute responsabilité en vertu de l'article 727 de la *Companies Act* de 1985. Cet article s'applique lorsqu'un dirigeant de la société ou son vérificateur est poursuivi pour négligence, violation de devoirs ou manquement aux obligations de fiduciaire et il habilite le tribunal à l'exonérer de toute responsabilité lorsqu'il conclut que le dirigeant a agi en toute honnêteté et de manière raisonnable et que, dans toutes les circonstances, le dirigeant devrait raisonnablement être dégagé de toute responsabilité personnelle¹²⁰.

¹¹⁸ Pour une analyse détaillée de ce sujet, voir Goode, *op. cit.*, ch. 10. En 2004, il y a eu 12 192 liquidations de sociétés obligatoires ou imposées par les créanciers en Angleterre et au Pays de Galles, 1 601 administrations de compagnies et 864 séquestres administratifs. *Ibid.*, p. 313.

¹¹⁹ *Insolvency Act* 1986, Annexe B1, paragraphe 69.

¹²⁰ Il existe une jurisprudence importante sur l'article, et les tribunaux se sont montrés généralement réticents à accorder cette exonération de responsabilité, sauf lorsque la

5. Questions de droit public et responsabilités du professionnel de l'insolvabilité

1. *Questions environnementales.* L'*Insolvency Act* ne renferme aucune disposition comparable à l'article 14.06 de la LFI et ne formule aucune directive à l'intention des tribunaux anglais sur la façon de trouver un juste équilibre entre les intérêts concurrents des créanciers d'une compagnie insolvable, le pouvoir de la compagnie insolvable de renoncer à un bien onéreux et la responsabilité législative du ministère de l'Environnement d'ordonner l'assainissement de sites contaminés. Dans *Re Mineral Resources Ltd*¹²¹, le juge Kennedy a soutenu que l'*Environmental Protection Act* de 1990 devait avoir préséance sur les dispositions de dénégaration de responsabilité de l'*Insolvency Act*. Toutefois, cette partie de son jugement a été désapprouvée par la Cour d'appel dans *Re Celtic Extraction Ltd*¹²² laquelle a affirmé que les pouvoirs d'exonération de la responsabilité de l'*Insolvency Act* incarnent une importante politique publique¹²³. Il y a lieu de supposer que la saga n'est pas terminée et que les divergences devront peut-être être résolues par le Parlement si elles ne sont pas résolues en premier lieu par la Chambre des lords.

2. *Questions relatives au droit du travail et à la responsabilité d'un nouvel employeur.*

Il est impossible de traiter convenablement ce sujet complexe dans le présent document et je

violation était technique et inintentionnelle et n'avait pas causé de véritable préjudice à la compagnie. Voir *The Commissioners of Inland Revenue v. Richmond, Jones* (2001) ch. D. 5157, *The Equitable Life Assurance Society v. Bowley et al.* (2002) QBD (Comm Ct) 406, *First Global Media Group Limited v. Larkin* 2003 WL 22656466, *Inn Spirit Limited v. Burns & Another* 2002 WL 1654974, *The Liquidator of Marini Limited v. Dickenson* (2003) ch. D. 2894, *Murray v. Leisureplay Plc* 2004 WL 1640214, et *Whalley v. Doney* (2000) ch. D. 8011. Les commentateurs anglais n'ont pas manqué de souligner l'anomalie que le tribunal soit habilité à exonérer un dirigeant coupable d'acte de négligence (ce qui implique que cette personne n'a pas exercé le degré de diligence approprié) pour le motif que ce dernier a agi de manière raisonnable! Les tribunaux ont résolu l'apparente contradiction en concluant que l'appréciation de ce qui est raisonnable aux termes de l'article 727 constitue un critère subjectif, à la différence du critère objectif habituel appliqué aux cas de négligence.

¹²¹ [1999] 1 All E.R. 766.

¹²² [2001] ch. 475.

¹²³ Pour une analyse approfondie de ces questions, voir Goode, *op cit.*, p. 54-55.

ne peux qu'esquisser ce qui me semble être les différences les plus évidentes entre l'approche britannique et l'approche canadienne lorsque l'administrateur d'une entreprise anglaise insolvable essaie de se séparer d'une partie de cette entreprise en la cédant à une nouvelle compagnie ou de la vendre en tant qu'entreprise en exploitation à une autre compagnie. En *common law*, la règle générale est que la vente de l'entreprise à une autre compagnie met fin aux conventions collectives, et par conséquent dégage les nouveaux propriétaires de l'entreprise de toute responsabilité à l'égard des anciens employés¹²⁴. La situation a cependant changé en 1981, lorsque le gouvernement britannique a adopté les *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981* (S.I. 1981 n° 1794) (« Transfer Regulations » ou TURP). Le Règlement visait la mise en œuvre de la Directive 77/187 CCE du Conseil : [1977] J.O. L61/26 (« Directive relative au maintien des travailleurs ») et était censé protéger les droits contractuels des employés au moment du transfert de l'entreprise de leur employeur. Tant la Directive que le Règlement ont donné naissance à quantité de litiges relatifs à l'interprétation, la Directive devant la Cour de justice des Communautés européennes et le Règlement devant les tribunaux anglais¹²⁵. À un niveau plus général, les commentateurs ont débattu, en des termes également familiers aux juristes d'Amérique du Nord, de la question de savoir si l'application de règles strictes relativement au nouvel employeur ne risque pas d'anéantir la possibilité de trouver un acheteur pour une entreprise insolvable et de la façon de concilier au mieux¹²⁶ les intérêts opposés du droit de la faillite et de la protection des employés. La différence importante entre l'approche canadienne et l'approche anglaise est qu'en Angleterre la réponse a été fournie par le

¹²⁴ *Brace v. Calder* [1895] 2 Q.B. 253; *Re Foster Clark Ltd's Indenture Trusts* [1966] 1 WLR 125; [1966] 1 ALL ER 43.

¹²⁵ Voir, en particulier, *Litster v. Forth Dry Dock & Engineering Co. Ltd.* [1989] 2 W.L.R. 634 (H.L.), analysée dans Hugh Collins, « Transfer of Undertakings and Insolvency Law » (1989) 18 Ind. L.J. 144.

¹²⁶ Voir, entre autres, Hugh Collins, *supra* n° 124; et J. Armour & art. Deakin, « Insolvency, Employment Protection and Corporate Restructuring: the Effects of Tupe », Centre for Business Research, Univ of Cambridge, CBR Working Paper n° 204 (2002); et Goode, *op cit.*, p. 2-11,

Règlement tandis qu'au Canada, du moins avant le projet de loi C-55, les tribunaux ont eu recours à l'article 215 de la LFI pour arbitrer le conflit¹²⁷.

¹²⁷ Voir *supra*, partie II.B.3(b).

IV STATUT DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ ET RESPONSABILITÉ PERSONNELLE EN VERTU DU DROIT AMÉRICAIN

A. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

Certaines observations préliminaires s'imposent concernant les différences et les similitudes importantes entre le droit de la faillite américain et ses pendants britannique et canadien. D'entrée de jeu, disons que, à la différence du droit canadien, toutes les règles américaines de fond sont regroupées dans un seul texte, le *Code de la faillite*, qui a été adopté en 1978 mais a été fréquemment modifié depuis lors¹²⁸. Toutefois, les droits canadien et américain ont une caractéristique commune dans la mesure où la législation canadienne et américaine s'applique également à la faillite des personnes physiques et des personnes morales ainsi qu'à d'autres procédures d'insolvabilité¹²⁹. Le chapitre 11 du *Code de la faillite* des États-Unis est *sui generis* étant donné que la nomination d'un syndic ou d'un contrôleur n'est pas un préalable pour que le débiteur soit autorisé à demeurer en possession de son entreprise et continue de l'exploiter. Toutefois, un débiteur-exploitant est investi de tous les droits et pouvoirs d'un syndic et le tribunal de la faillite peut également nommer un syndic indépendant pour gérer les affaires du débiteur et établir un plan qu'on soumettra à l'attention des créanciers, mais une telle nomination est très inhabituelle.

En ce qui a trait aux syndics, ils appartiennent tous au secteur privé. Les syndics constitués en personne morale sont autorisés. Il n'y a pas de système de délivrance de licence pour les syndics, mais toutes les nominations sont faites par le syndic fédéral de faillite, fonctionnaire du gouvernement qui a son bureau à Washington et joue un rôle

¹²⁸ La série de modifications (la plus récente et touchant le plus au fond) a été adoptée en 2005. Voir *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* de 2005 (BAPCPA), article 256, Pub. L. n° 109-8, 119 Stat. 23 (20 avril 2005).

¹²⁹ Dans le *Code*, le terme « bankruptcy » est appliqué aux faillites donnant lieu à une réorganisation en vertu des chapitres 11 et 13 de même qu'aux faillites donnant lieu à une liquidation en vertu du chapitre 5. Cette caractéristique terminologique est souvent négligée par les statisticiens et les universitaires qui essaient de comparer l'insolvabilité aux États-Unis avec l'insolvabilité dans d'autres pays qui utilisent une terminologie différente.

similaire à celui du surintendant des faillites au Canada¹³⁰. Majoritairement, les faillites d'entreprises et de consommateurs des États-Unis sont des faillites volontaires. Les créanciers du débiteur ont le droit, au premier chef, de nommer le syndic, mais ils choisissent la plupart du temps de ne pas exercer ce droit. S'ils ne l'exercent pas, le syndic fédéral nomme un syndic à partir de sa liste de syndics¹³¹ inscrits au tableau (« panel trustees ») du chapitre 7. Le syndic fédéral peut nommer un syndic intérimaire en cas de délai probable dans la nomination d'un syndic véritablement chargé du cas après l'ouverture du dossier, mais une telle nomination semble peu courante. Le *Code de la faillite* des États-Unis ne renferme pas de disposition visant la nomination de séquestres intérimaires et les rédacteurs du *Code* ont jugé cette nomination non nécessaire¹³².

B. LE SYNDIC N'EST PAS LE NOUVEL EMPLOYEUR EN TITRE

L'une des grandes différences entre la charge de syndic selon le *Code* des États-Unis et celle des syndics canadiens et britanniques est que malgré son titre le syndic américain n'est pas titulaire du titre de propriété de l'actif du débiteur. Au lieu de cela, l'article 541 du *Code* crée une entité juridique, soit « l'actif » du débiteur qui comprend tous les biens immobiliers et les biens personnels non insaisissables de cette personne. Les syndics américains sont des mandataires de l'actif et peuvent poursuivre ou être poursuivis en qualité¹³³. La personnalité juridique de l'actif a été introduite en 1978 dans le cadre du nouveau *Code de la faillite*. Le changement semble avoir suscité peu de débat

¹³⁰ Le Bureau du syndic fédéral est une direction du département de la justice de l'administration centrale qui se trouve à Washington, DC. Il y a également des syndics fédéraux régionaux qui supervisent le travail administratif des tribunaux américains et des syndics privés de leurs régions.

¹³¹ *Bankruptcy Code*, Voir, par ailleurs, CJ Tabb, *The Law of Bankruptcy* (Foundation Press, Westbury, New York, 1997), article 1.18.

¹³² Les « Legislative Notes » qui accompagnent l'adoption du *Code* ne fournissent pas d'explication. Il est probable que la raison en est qu'un créancier garanti qui se préoccupe de la sécurité et de la préservation de sa sûreté réelle dans les mains du débiteur est libre de saisir le tribunal afin de demander sa protection en vertu de l'article 361 et de l'alinéa 362d) du *Code*.

¹³³ *Code*, article 323.

(et apparemment aucune opposition) à l'époque et on trouve très peu de discussions des juristes américains sur l'importance du changement sur le plan théorique dans la littérature, par ailleurs très abondante, sur le droit de la faillite¹³⁴.

C. LE SYNDIC DEMEURE RESPONSABLE DES FAUTES QU'IL A COMMISES

L'une des conséquences principales de la personnification de l'actif du débiteur est que les syndics régis par le *Code* ne sont plus responsables personnellement des contrats qu'ils concluent au bénéfice de l'actif. Toutefois, ce changement théorique ne les dégage pas de toute responsabilité personnelle face à des accusations d'absence de diligence, de manquement à leurs devoirs stipulés dans la loi ou de violation de leurs obligations de fiduciaire. Le sujet a été à l'origine de quantité de litiges¹³⁵ et a amené un auteur éminent à faire observer que :

Quelques aspects du Code de la faillite sont truffés de confusion, d'énoncés contradictoires et de malentendus quant aux responsabilités du syndic relativement à ses actions ou omissions. Et il n'existe pas de jurisprudence claire ou bien établie.¹³⁶

L'auteur poursuit ensuite en examinant la responsabilité éventuelle du syndic sous les rubriques suivantes : 1. Qu'entend-on par conduite négligente ou non intentionnelle de la part du syndic? 2. S'agit-il de l'exercice d'une faculté de discernement? 3. S'agit-il de la responsabilité des actions du syndic ou des actions des fonctionnaires, mandataires et employés? 4. La responsabilité du syndic est-elle une responsabilité personnelle ou le

¹³⁴ Les deux exceptions sont Stephen McJohn, « Person or Property? On the Legal Nature of the Bankruptcy Estate » 10 Bankr. Dev. J. 465 (1994) et Thomas E. Planck, « The Bankruptcy Trust as a Legal Person » (2000) 35 Wake Forest L. Rev. 251. L'article de M. McJohn met l'accent sur la question de savoir si l'effet de l'article 541 est de créer une nouvelle personne (*persona*) qui prend possession des actifs du débiteur ou si c'est l'actif lui-même qui devient une personne morale. Le professeur Planck penche pour le deuxième point de vue et son article s'emploie essentiellement à déterminer l'effet de la personnification de l'actif. Il conclut que cela est bénéfique et évite les affrontements qui existaient au préalable sur la question de savoir si les tribunaux fédéraux avaient compétence sur les questions d'actif des faillites.

¹³⁵ Daniel R Cowans, *Bankruptcy Law and Practice*, 6^e éd., vol 1, article 2.7, p. 161-169.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 161.

syndic peut-il être remboursé par l'actif? 5. Le syndic est-il dégagé de toute responsabilité en ayant recours à des procédures comme l'obtention d'une ordonnance du tribunal ou le dépôt d'un état de compte? 6. La responsabilité est-elle différente en vertu du chapitre 11 ou 13 de ce qu'elle est au chapitre 7 portant sur la liquidation?

Dans la mesure où l'on s'intéresse à l'aspect procédure dans les poursuites intentées contre le syndic, l'autorisation du tribunal de la faillite n'est pas nécessaire pour intenter une action auprès du tribunal saisi de la procédure de faillite. Le syndic peut également être poursuivi par un tribunal autre que celui de la faillite sans autorisation si la réclamation se rapporte à la continuation par le syndic de l'entreprise commerciale du débiteur¹³⁷. Dans d'autres cas, il semble que l'autorisation soit nécessaire pour intenter une poursuite auprès d'un tribunal non spécialisé dans la faillite.

D. QUESTIONS DE DROIT PUBLIC : PROBLÈMES RELATIFS À L'ENVIRONNEMENT ET AU STATUT DE NOUVEL EMPLOYEUR

1. Problèmes relatifs à l'environnement

Il est difficile de rendre compte de la complexité des règles américaines dans ce domaine et des contradictions, souvent non résolues, entre les dispositions du *Code de la faillite* et les prescriptions des États ou de la loi fédérale en matière d'environnement. Toutefois, nous pensons que les énoncés qui suivent dévoilent à tout le moins une partie du tableau¹³⁸.

Le syndic doit se conformer à la réglementation en matière d'environnement¹³⁹. Cette obligation repose en partie sur l'al. 959b) du titre 28 du *Code de la faillite* des

¹³⁷ *US Code*, titre 28, alinéa 959a).

¹³⁸ La description qui suit est fondée sur *Collier on Bankruptcy*, édition électronique, ch. 323.

¹³⁹ Citant *In re N.P. Mining, Inc.*, 963 F.2d 1449, 27 C.B.C.2d 24 (11^e cir. 1992); *In re Wall Tube & Metal Prods. Co.*, 831 F.2d 118, 17 C.B.C.2d 736 (6^e cir. 1987); *In re Quanta Resources Corp.*, 739 F.2d 912, 919, 10 C.B.C.2d 1375 (3^e cir. 1984) (syndic sous le régime du chapitre); et *In re Guterl Special Steel Corp.*, 198 B.R. 128

États-Unis¹⁴⁰, qui exige que le syndic qui poursuit l'exploitation du débiteur se conforme aux lois de l'État. Au sens littéral, l'alinéa ne s'applique pas aux syndics chargés d'une liquidation; néanmoins, les syndics ont été réticents à accepter leur nomination même ès qualité lorsque le bien immobilier était aux prises avec des problèmes environnementaux. En outre, si un syndic a en sa possession à son insu un bien immeuble contaminé, il est aux prises avec l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans *Midlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection*¹⁴¹ affirmant qu'un syndic sous le régime du chapitre 7 qui cède un bien immobilier contaminé est passible de poursuites pour violation des lois de l'État visant à protéger la santé et la sécurité du public d'un « danger imminent et identifiable ». Selon Collier, le syndic se retrouve alors confronté à un dilemme. Il peut essayer de s'esquiver en cherchant à être dessaisi du dossier aux termes de l'article 305 ou de l'al. 707a) du *Code*¹⁴², démissionner en tant que syndic, essayer de céder le bien immobilier à un organisme fédéral ou d'État chargé de la protection de

(Bankr. W.D. Pa. 1996) tous deux affirmant qu'un syndic sous le régime du chapitre 7 ne peut abandonner des déchets dangereux sans se conformer aux lois de l'État); *Wilner Wood Prods. v. State of Maine, Dep't of Envtl. Protection*, 128 B.R. 1 (Bankr. D. Me. 1991) (débiteur sous le régime du chapitre 11); et *In re Kaiser Steel Corp.*, 87 B.R. 662 (Bankr. D. Colo. 1988) (débiteur sous le régime du chapitre 11); *In re Stevens*, 16 C.B.C. 2d 253, 68 B.R. 774 (Bankr. D. Me. 1987).

¹⁴⁰ Il est stipulé à l'alinéa 959(b) que : « sauf dispositions contraires à l'article 1166 du titre 11, un syndic, séquestre ou gérant nommé dans toute affaire en instance devant un tribunal des États-Unis, y compris un débiteur-exploitant, doit gérer et exploiter le bien en sa possession en tant que syndic, séquestre ou gérant, conformément aux exigences des lois valides de l'État où se trouve ce bien, de la même manière que le propriétaire ou le possesseur du bien serait tenu de le faire s'il l'avait en sa possession ».

¹⁴¹ (1986) 474 U.S. 494, 106 article Ct. 755.

¹⁴² Il est stipulé à l'article 305 que « a) Le tribunal, sur notification et audition, peut rejeter une demande en vertu de ce titre, ou suspendre toutes les procédures dans un recours en vertu de ce titre, à tout moment si : 1) les intérêts des créanciers et du débiteur seraient mieux servis par ce dessaisissement ou cette suspension; ou 2) (A) il y a une instance à l'étranger; et (B) les facteurs précisés à l'alinéa 304c) de ce titre justifient un tel dessaisissement ou une telle suspension ». Il est stipulé à l'article 707 que « a) Le tribunal peut rejeter une demande aux termes de ce chapitre uniquement après notification et audition et exclusivement si le dessaisissement est motivé, y compris : 1) par un retard déraisonnable causé par le débiteur qui est préjudiciable aux créanciers; 2) le non-paiement des honoraires ou charges requis aux termes du chapitre 123 du titre 28; et 3) le défaut du débiteur, dans un cas de faillite volontaire, de déposer dans les quinze jours ou dans le temps supplémentaire que le tribunal peut accorder après le dépôt de la pétition ouvrant le dossier, l'information requise par le paragraphe (1) de l'article 521, mais seulement sur une motion du syndic fédéral ».

l'environnement ou, en fin de compte, chercher à obtenir une ordonnance du tribunal de la faillite l'exonérant de toute responsabilité personnelle. Toutefois, il n'y a aucune garantie que l'une de ces options règle le problème

À la lecture de cette description des complexités du droit américain, nul doute que les professionnels de l'insolvabilité canadiens seront reconnaissants d'avoir des dispositions beaucoup plus simples et d'être exonérés de la responsabilité personnelle par l'article 14.06 de la LFI.

2. Problèmes relatifs au statut de nouvel employeur

Cette question est également un domaine où le droit américain est apparemment différent du droit canadien et nettement plus complexe. La première différence tient à ce que les tribunaux fédéraux et d'État ont élaboré une doctrine de *common law* de la responsabilité du nouvel employeur pour l'acheteur d'une entreprise en présence de l'un des éléments suivants : i) l'acheteur a convenu expressément ou implicitement d'assumer les obligations du vendeur; ii) la transaction était frauduleuse; iii) la transaction était en fait une fusion; et iv) l'acheteur est une continuation du vendeur¹⁴³. Il semble toutefois que même si l'acheteur des actifs du débiteur reprend les intérêts à son compte en tant que successeur, le tribunal de la faillite peut abolir la responsabilité de l'acheteur aux termes de l'al. 363f(5) du *Code de la faillite*¹⁴⁴. Toutefois, les conditions attachées à l'application de l'alinéa peuvent ne pas être faciles à satisfaire quand on ignore dans quelle mesure l'acheteur qui succède à l'employeur peut être dégagé de ses responsabilités.

¹⁴³ *Norton on Bankruptcy*, §37:22, fn 51.

¹⁴⁴ *Ibid.*, n 51, citant *In Re Leckie Smokeless Coal Co.*, 99 F.3d 573 (CCA 4), une décision sur la *Coal Act*. L'alinéa 363f(5) est une disposition complexe qui habilite un syndic à vendre un bien immeuble libre et quitte de tout intérêt foncier d'une entité autre que l'actif si une des cinq conditions suivantes est remplie, à savoir : « 1) les lois applicables non relatives à la faillite permettent la vente de ce bien immeuble libre et quitte de tout intérêt foncier; 2) l'entité visée y consent; 3) un tel intérêt est un privilège et le prix auquel le bien immeuble doit être vendu est supérieur à la valeur globale de tous les privilèges grevant ce bien; 4) un tel intérêt fait l'objet d'un litige de bonne foi; ou 5) l'entité en question pourrait être tenue, dans une instance judiciaire ou en *equity*, d'accepter une compensation monétaire pour cet intérêt foncier ».

L'autre différence fondamentale entre le droit canadien et le droit américain de la faillite sur cette question découle des dispositions de l'article 1113 du Code américain. Ces dispositions habilent le tribunal de la faillite américain à autoriser le débiteur à rejeter une convention collective si les conditions qui suivent sont remplies : 1. le syndic a fait une proposition aux délégués syndicaux répondant aux exigences du sous-alinéa *b*)(1); 2. le délégué syndical autorisé a refusé d'accepter la proposition sans motif valable; et 3. de l'avis du tribunal, les intérêts en jeu sont clairement favorables au rejet de la convention collective. Comme nous l'avons vu ci-dessus¹⁴⁵, un tribunal canadien n'est pas investi des mêmes pouvoirs par la LFI et la LACC. Au contraire, le projet de loi C-55 explique très clairement que les conventions collectives demeurent en vigueur en cas de faillite, même si l'employeur envisage une réorganisation et les tribunaux canadiens ne doivent pas essayer de temporiser.

V COMMENT LES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ CANADIENS VOIENT-ILS DANS LA PRATIQUE LEUR RESPONSABILITÉ PERSONNELLE?

En juin 2005, avec la précieuse assistance de Brian Casey, président du comité de restructuration de l'ACPIR, l'auteur et son adjoint Ryan Ashmead ont distribué un questionnaire aux 24 membres du comité de M. Casey. Le questionnaire, que l'on trouvera en annexe, posait aux répondants une série de questions sur leur rôle en tant qu'administrateurs de l'insolvabilité. Le but était de savoir si, de leur point de vue, les responsabilités personnelles imposées aux syndics et aux autres administrateurs aux termes de la LFI constituaient des obstacles importants et, le cas échéant, comment ils surmontaient

¹⁴⁵ *Supra* partie II.B.3(c).

les difficultés. Malheureusement, seulement quatre des répondants ont rempli le questionnaire¹⁴⁶ et, de toute évidence, les questionnaires remplis n'ont aucune valeur statistique¹⁴⁷. Néanmoins, je pense encore que l'exercice n'a pas été vain. D'abord, le taux de réponse fort peu élevé porte à croire que les professionnels de l'insolvabilité canadiens ne sont pas vraiment préoccupés, en tant que groupe, par leur responsabilité personnelle en tant qu'administrateurs de l'insolvabilité, sauf dans certains domaines ayant trait à l'entreprise du débiteur. Deuxièmement, les commentaires de deux des personnes ayant rempli le questionnaire jettent un éclairage utile sur les mesures de protection adoptées par les professionnels de l'insolvabilité canadiens pour se dégager de toute responsabilité personnelle.

VI CONCLUSION

Maintenant que j'ai terminé mon survol des positions des droits canadien, anglais et américain en ce qui a trait aux responsabilités personnelles des professionnels de l'insolvabilité, il est temps pour moi de tirer les principales conclusions, qui sont les suivantes :

1. Du point de vue fonctionnel, la distinction établie dans le droit de la faillite canadien entre la responsabilité non personnelle d'un liquidateur à l'égard des contrats qu'il conclut dans l'exercice de ses fonctions et la responsabilité personnelle d'un syndic lorsqu'il agit lui aussi ès qualités semble assez arbitraire¹⁴⁸. Étant donné que les deux administrateurs s'acquittent

¹⁴⁶ La réponse a été intégrée au questionnaire, à l'annexe 1. L'un des questionnaires a été renvoyé sans être rempli. Bien que nous ayons fait notre possible, M. Ashmead et moi n'avons pas réussi à persuader le répondant de nous renvoyer un questionnaire dûment rempli.

¹⁴⁷ Cela serait vrai, même si les 24 répondants avaient rempli le questionnaire puisque l'ACPIR compte quelque 1 100 membres.

¹⁴⁸ Toutefois, l'argument peut être inversé et l'on pourrait faire valoir que, étant donné qu'au Canada la plupart des faillites d'entreprises se déroulent sous le régime de la LFI, et non sous le régime de la LLR, il n'est pas besoin de mettre en opposition la situation des

essentiellement de la même fonction économique, la loi devrait les traiter de la même façon pour ce qui est de la responsabilité. Il y a beaucoup à dire, par conséquent, sur l'approche du *Code de la faillite* des États-Unis qui considère l'actif du débiteur comme une entité juridique et le syndic comme le mandataire de l'actif à des fins contractuelles et autres. Cette solution transcende la fixation du titre juridique qui est à l'origine du traitement par la *common law* de la responsabilité personnelle du syndic¹⁴⁹. Toutefois, elle ne répond pas à la question de savoir si l'administrateur de l'insolvabilité devrait être tenu pour responsable des dettes de l'actif pour des motifs autres que le fait que l'administrateur (« syndic ») est le propriétaire légitime des biens de l'actif.

2. L'effort pour atténuer les préoccupations du syndic par l'adoption du paragraphe 31(4) de la LFI s'est en grande partie soldé par un échec. Le nouveau paragraphe a engendré autant de problèmes qu'il en a résolus. Le paragraphe devrait donc être abrogé ou complètement remanié, la première solution étant probablement la meilleure. Si l'on adopte la solution américaine et que le syndic n'est plus considéré que comme un mandataire de l'actif, il ne sera pas nécessaire, naturellement, d'adopter une disposition comme celle du paragraphe 31(4).

syndics et des liquidateurs en ce qui a trait à la responsabilité. Même s'il y a un fondement à cet argument (ce qui semble douteux), il n'en reste pas moins, globalement, que l'on est en droit de se demander pourquoi, d'un point de vue fonctionnel, un syndic devrait avoir des responsabilités supérieures à celles du dirigeant ou de l'administrateur d'une entreprise constituée en personne morale. Je pose la question au paragraphe 5 de la conclusion ci-après.

¹⁴⁹ Si l'on adoptait cette approche dans la LFI, elle devrait s'appliquer à la fois à l'insolvabilité des personnes morales et des personnes physiques, de même que l'article 521 du *Code de la faillite* des États-Unis. Bien que ce ne soit pas nécessaire, d'un point de vue pratique (étant donné qu'un liquidateur ne se voit pas remettre le titre de propriété de la compagnie et qu'il a toujours été traité comme un mandataire de la compagnie), pour des raisons de cohérence, le changement devrait également être apporté dans la LLR, de sorte que les actifs de la compagnie insolvable soient réputés être détenus par une nouvelle entité. Le rôle du liquidateur en soi ne changerait pas et ce dernier ne deviendrait pas non plus responsable des contrats qu'il aurait conclus pour le compte de la compagnie puisque ce n'est pas le cas à l'heure actuelle.

3. À mon avis, il n'y a pas beaucoup à dire non plus en faveur d'une disposition comme l'article 727 de la *Companies Act* de 1985 du droit anglais, qui permet au tribunal d'exonérer de toute responsabilité un dirigeant de société ou d'autres personnes désignées. Cela introduit beaucoup d'incertitude et on peut s'interroger sur l'utilité d'une telle disposition lorsque l'intimé s'est rendu coupable d'une violation purement technique qui n'est à l'origine d'aucun préjudice.
4. De même, l'article 215 de la LFI est un mécanisme peu sûr pour décourager les réclamations futiles contre les administrateurs de l'insolvabilité. L'article n'a jamais visé cet objet et son rôle a été faussé encore davantage par suite de la décision majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *TCT Logistics*. Pour louables que puissent être les intentions du tribunal dans l'espèce, l'article 215 est un véhicule d'application difficile pour statuer sur les questions de responsabilité du nouvel employeur en vertu de la LFI. Il vaut mieux laisser cette tâche au Parlement. Une autre objection à l'article 215 a trait au fait qu'il complique la tâche du tribunal qui doit déterminer quand un plaignant peut avoir recours à la voie de l'article 37 (qui ne nécessite pas de consentement judiciaire préalable) pour chercher à obtenir réparation pour avoir été lésé et quand le plaignant est tenu d'utiliser la voie de l'article 215 pour atteindre le même objectif. À notre connaissance, aucun motif logique n'a été avancé pour justifier le fait qu'aucune permission préalable n'est exigée pour présenter une requête en vertu de l'article 37 alors que le consentement du tribunal est nécessaire pour les réclamations et les plaintes non régies par les paramètres nébuleux de l'article 37.

5. L'acceptation de la proposition selon laquelle les professionnels de l'insolvabilité devraient fondamentalement être traités de la même manière pour ce qui est de la responsabilité ne répond pas à la principale question qui consiste à déterminer comment le risque de non-paiement ou de toute autre perte devrait être réparti entre le professionnel de l'insolvabilité et l'autre partie, dans un cadre contractuel. Entre ces deux parties, qui est le mieux en mesure d'évaluer les risques et de supporter la perte s'il n'y a pas suffisamment de fonds dans l'actif pour satisfaire la réclamation? L'analyse des facteurs économiques porte à croire que, dans de nombreux cas, le professionnel de l'insolvabilité est le mieux apte à supporter le risque puisqu'il connaît la situation financière du débiteur. Il semble juste, par conséquent, qu'il ait à supporter le fardeau de devoir se dégager de toute responsabilité comme dans le cas de l'obligation de payer le loyer d'occupation ou d'assumer les dépenses courantes engagées au cours de la liquidation des biens d'un actif insolvable. Cette approche devrait être d'autant plus acceptable que la LFI autorisant les syndicats à exercer leur activité en tant que personne morale, leur responsabilité sera de toute façon limitée. Une autre option consisterait à tenir l'administrateur de l'insolvabilité personnellement responsable lorsqu'il n'avait pas de motifs raisonnables de penser que l'actif aurait suffisamment de fonds pour couvrir les dettes engagées en son nom. Cette forme restreinte de responsabilité serait similaire à la responsabilité pour transactions fautives imposée aux administrateurs d'une compagnie aux termes de l'*Insolvency Act* de 1986 du droit anglais¹⁵⁰. On sait que l'incertitude engendrée par ces types d'approche les dépréciera aux yeux

¹⁵⁰ Pour des précisions sur les dispositions de la loi anglaise et la jurisprudence pertinente, voir Goode, *op cit.*, ch. 12. Il n'y a pas de disposition sur les transactions fautives dans la LFI ou la LACC et aucune des lois provinciales sur les sociétés par actions n'a adopté de disposition de ce genre. Toutefois, la LACC et de nombreuses lois provinciales prévoient un recours en cas d'abus, pour conduite injuste et dure d'une société ou de ses administrateurs, et ces dispositions ont été invoquées avec succès dans des situations comparables à des transactions fautives. Voir en outre J.S. Ziegel, « Creditors as Corporate stakeholders: The Quiet Resolution – An Anglo-Canadian Perspective » (1993) 43 UTLJ 511.

des professionnels de l'insolvabilité, dont certains peuvent préférer une règle de responsabilité bien tranchée ou la non-responsabilité plutôt qu'une règle établissant une distinction entre différents types de contrats ou qui revient à répartir rétrospectivement le risque entre les parties. Toutefois, un professionnel de l'insolvabilité d'expérience ne devrait pas avoir de difficulté à évaluer le risque antérieur et, s'il le trouve trop considérable, à le contourner.

6. Quoi qu'il en soit, dans le cas des réclamations salariales pour services rendus à l'actif, après la faillite du débiteur, ou dans le cas d'une proposition commerciale en vertu de la LFI ou d'une réorganisation en vertu de la LACC, à cette étape, on dispose d'arguments de poids pour tenir le professionnel de l'insolvabilité responsable jusqu'à concurrence d'un montant prescrit en faisant valoir la vulnérabilité des travailleurs et la capacité supérieure de l'administrateur à évaluer le risque d'insuffisance de fonds dans l'actif pour payer les réclamations salariales. Il y a ici analogie avec les dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*¹⁵¹, de la *Loi des sociétés par actions de l'Ontario*¹⁵² et d'autres lois provinciales sur les sociétés par actions qui tiennent les administrateurs responsables des salaires impayés jusqu'à concurrence d'un montant prescrit.
7. Le traitement de la responsabilité des séquestres administratifs dans l'*Insolvency Act* du Royaume-Uni relativement aux nouvelles conventions conclues par le séquestre administratif et aux conventions avec les employés déjà en place mais adoptées par cette personne nous ouvre une autre avenue de recherche. Premièrement, tout indique que les séquestres intérimaires nommés en vertu des articles 47 et 47.1 de la LFI pour protéger les intérêts d'une partie garantie devraient de la même façon être responsables des nouveaux contrats conclus par le séquestre et des conventions collectives existantes qu'ils ont adoptées et,

¹⁵¹ L.R.C. 1985, ch. C-44.

¹⁵² L.R.O. 1990, ch. B. 16.

deuxièmement, que la partie garantie devrait être tenue de garantir les séquestres officiels de manière systématique. On pourrait même envisager des recours pour tenir la partie garantie directement responsable à l'égard des tiers des dettes contractées pour une juste cause par un séquestre intérimaire au bénéfice de la partie garantie.

8. Les réponses au questionnaire distribué avec le présent projet et la jurisprudence portent à croire que ce qui inquiète le plus les administrateurs de l'insolvabilité et les créanciers qui sont leurs clients, c'est le passif caché accumulé par un débiteur – que ce soit sous la forme d'arriérés de retenues d'impôt ou de cotisations au régime de retraite ou de locaux ou lieux contaminés – dont ils ne savent rien jusqu'à ce qu'il soit trop tard pour renverser la vapeur. Comme le montrent les dispositions de l'article 14.06 de la LFI, les législateurs canadiens se sont montrés à cet égard à la fois progressistes et accommodants. La meilleure recommandation que l'on peut formuler ici est que les gouvernements et les créanciers devraient continuer à travailler en étroite collaboration pour cerner les nouveaux domaines de friction et essayer de résoudre ensemble les problèmes à la satisfaction mutuelle des parties.
9. La conciliation des finalités concurrentes du droit du travail et du droit de la faillite soulève des problèmes différents et comporte deux éléments. Le premier consiste à déterminer dans quelle mesure le professionnel de l'insolvabilité devrait être régi par les dispositions de la convention collective lorsqu'il s'efforce de liquider les biens de l'employeur insolvable tout en essayant en même temps d'exploiter l'entreprise à une moindre échelle. Naturellement, beaucoup de choses dépendent des conditions de la convention collective et du droit du travail pertinent applicable à cette convention. Bien que le projet de loi C-55 semble ne faire aucun compromis à cet égard, tout le monde s'accordera à coup sûr sur le principe selon lequel le droit de la faillite, et non le droit du

travail, devrait être l'élément dominant lorsqu'on détermine le moyen le plus efficient de liquider les biens de l'employeur insolvable, si cette solution s'avère la plus appropriée. Le second élément entre en jeu s'il existe de bonnes possibilités de réorganiser la compagnie insolvable ou de la vendre à un acheteur en tant qu'entreprise en activité. Là encore, la question de la préséance entre le droit de la faillite et le droit du travail doit être réglée, mais les enjeux ne sont pas aussi tranchés que dans le premier cas de figure. Il y a des intérêts en jeu des deux côtés. On ne peut pas simplement sacrifier la convention collective sur l'autel des créanciers, mais un syndicat ne devrait pas non plus avoir un droit de veto absolu sur la réorganisation ou la vente de l'entreprise en exploitation lorsqu'on s'efforce de trouver un juste équilibre entre les intérêts, en optant pour la meilleure solution possible. Reste à savoir qui déterminera si l'on est parvenu à un juste équilibre. Devrait-on laisser ce soin au tribunal ou à un organisme indépendant, ou laisser les parties s'en sortir? Il est regrettable que le projet de loi C-55 ne fournisse pas de réponse à ce défi (en plus de réaffirmer l'intégrité de la convention collective) mais il faudra s'attaquer à cette question tôt ou tard si l'on veut que la LACC et la LFI continuent de remplir leur mission à l'appui d'une culture de sauvetage efficace.

ANNEXE – QUESTIONNAIRE ET RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE

QUESTIONNAIRE S'ADRESSANT AUX SYNDICS, AUX SÉQUESTRES ET AUX SÉQUESTRES INTÉRIMAIRES EN CE QUI CONCERNE LEUR RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DANS L'EXÉCUTION DE LEUR CHARGE

Nous vous saurions gré de remplir le questionnaire suivant. Les réponses doivent être intégrées à un projet de recherche sur une comparaison de la responsabilité des administrateurs de l'insolvabilité selon le droit canadien, le droit américain et le droit anglais parrainé par le Bureau du surintendant des faillites.

Jacob Ziegel

Le nom des répondants ne sera pas divulgué à des tiers sans leur autorisation.

Instructions :

- (1) Indiquer vos nom, poste et coordonnées.
- (2) Remplir le formulaire.
- (3) Sauvegarder une copie du formulaire dans votre ordinateur.
- (4) Répondre à ce courriel de j.ziegel@utoronto.ca avec la copie sauvegardée en (3) comme pièce jointe. Envoyer une copie conforme à mon adjoint à la recherche : ryan.ashmead@utoronto.ca.

Nom :	
Poste :	
Adresse postale :	

N° téléphone :	N° télécopieur :	Adresse électronique :
----------------	------------------	------------------------

1. À quelle fréquence avez-vous été aux prises avec la responsabilité en tant que syndic, séquestre ou séquestre intérimaire :		Réponses reçues
a) En poursuivant l'activité commerciale du débiteur ou en liquidant les biens du débiteur?	Souvent Parfois Jamais	2 1 0
b) Pour des contrats que vous avez conclus au cours de votre administration (à l'exclusion de conventions collectives)?	Souvent Parfois Jamais	2 1 0
c) En tant qu'occupant des locaux du débiteur?	Souvent Parfois Jamais	2 1 0

d) Pour avoir retenu les services d'employés du débiteur <i>non syndiqués</i> ?	Souvent Parfois Jamais	1 1 1
e) Pour avoir retenu les services d'anciens employés du débiteur <i>syndiqués</i> ?	Souvent Parfois Jamais	0 2 1
f) Pour des factures de services publics?	Souvent Parfois Jamais	2 1 0
<p>g) Autre?</p> <p><i>Veillez préciser :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - En matière environnementale – entente préalable avec le ministère de l'Environnement - Arriérés de retenues à la source - Arriérés de TVP - ... En tant que syndic ou séquestre, j'engage toujours ma responsabilité pour les obligations antérieures à la faillite si j'exploite l'entreprise. Heureusement, mon risque se limite à la valeur des actifs confiés à mon administration, mais il y a une zone grise et dans de nombreux cas je pourrais être tenu personnellement responsable. En conséquence, lorsque j'accepte une nomination je dois examiner très soigneusement les risques. Souvent, nous trouvons des mécanismes pour éviter de prendre la direction de l'entreprise. La pratique a évolué, mais c'est plutôt le débiteur qui exploite l'entreprise en vertu d'un avis d'intention sous le régime de la LFI, ou d'une suspension en vertu de la LACC, bien que la nomination se limite, en tant que séquestre intérimaire, à simplement diriger le processus de vente. Autrement, il peut être nécessaire de fermer l'établissement tout en cherchant un acheteur sur le principe d'une offre globale plutôt qu'une liquidation qui ne laissera que les meubles. En pareil cas, un acheteur pourrait redonner vie à l'entreprise. - Je ne comprends pas parfaitement la question « Avez-vous été aux prises avec la responsabilité? ». Est-ce que ça a le sens de responsabilité personnelle? - Si nous établissons un contrat de biens ou de services dans le cadre d'une nomination, il est évident que nous payons les gens. Est-ce bien ce que vous voulez dire? Ça ne nous est jamais arrivé de ne pas payer quoi que ce soit que nous avons obtenu par contrat. 		

2. Comment vous protégez-vous personnellement contre la responsabilité personnelle en tant que syndic, séquestre ou séquestre intérimaire?		<i>Réponses reçues</i>
a) Avant d'accepter une nomination, j'évalue si l'actif comporte suffisamment de biens pour couvrir mes honoraires et dépenses.	Oui Non S.O.	4 0 0
b) Je refuse la nomination.	Oui Non S.O.	2 2 0
c) Je demande une garantie au créancier ou à une autre personne solvable.	Oui Non S.O.	4 0 0
<p><i>Si la réponse est « autre personne solvable », veuillez préciser le type de relation (p. ex. garant, actionnaire, créancier garanti) :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Si ne suis pas entièrement satisfait de la garantie, je demande une nomination du tribunal et cherche à obtenir une meilleure protection par l'intermédiaire d'une ordonnance. - Il est rare que l'on refuse une nomination. Mais il est très courant que l'on insiste sur des changements à la nomination qu'on nous a proposée à l'origine, de façon à réduire le plus possible les problèmes de responsabilité et à laisser les responsabilités dans les mains du débiteur, à qui elles reviennent, plutôt que de faire courir un risque au syndic ou au séquestre. - Généralement le ou les créanciers garantis - Parfois l'actionnaire - Aucun des susmentionnés 		
d) Je cherche à obtenir des engagements de non-recours de la part des autres parties contractantes.	Oui Non S.O.	1 1 1

<p>e) Je compte sur une assurance me protégeant de toute erreur et omission ou d'autres formes d'assurance responsabilité civile.</p> <p><i>Veillez préciser le type d'assurance :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Voir « d) » ci-dessus – la réponse est oui mais uniquement lorsque j'ai été partie à un litige sur un privilège de construction – en pareil cas, je chercherais à obtenir des garanties de non-recours s'il y a lieu. Pour d'autres types d'administration, la réponse serait non. En ce qui a trait à l'assurance, il m'est arrivé une fois de souscrire une assurance responsabilité civile. - L'objet de l'assurance qui protège contre toute négligence est de fournir une ultime sauvegarde pour le cas où on se retrouverait pris, de façon tout à fait inattendue, dans quelque chose qu'on n'a pas prévu. Dans notre métier, on ne peut se faire connaître en se défendant contre des poursuites judiciaires pour négligence; notre réputation serait détruite et après une ou deux poursuites on ne serait plus couvert. - Je n'ai pas trouvé cela sur le marché - L'assurance est un dernier recours si tout le reste échoue. On ne peut pas se « fier » à cela. Ça ne s'appliquerait probablement pas à la situation que vous envisagez de toute façon. 	<p>Oui Non S.O.</p>	<p>0 4 0</p>
<p>3. Dans les procédures d'insolvabilité, quel pourcentage de vos dossiers au cours des dernières années étaient :</p>	<p>Réponses reçues</p>	
<p>a) des mises sous séquestre privées?</p>	<p>2 x 0-10 %, 1 x 41-50 %, 1x 51-60 %</p>	
<p>b) des dossiers d'administration en tant que syndic en vertu de la LFI?</p>	<p>2 x 0-10 %, 2 x 11-20 %</p>	
<p>c) des séquestres sur nomination du tribunal?</p>	<p>2 x 0-10 %, 1 x 11-20 %, 1 x 21-30 %</p>	
<p>d) des nominations avec cumul des fonctions de séquestre et de syndic?</p>	<p>2 x 0-10 %, 1 x 11-20 %, 1 x 21-30 %</p>	

e) des propositions en vertu de la LFI?	1 x 0-10 %, 1 x 11-20 %, 1 x 21-30 %	
f) une charge de contrôleur en vertu de la LACC?	4 x 0-10 %,	
g) des liquidations en vertu de la LLR?	4 x 0-10 %,	
h) Autres? <i>Veillez préciser:</i> <ul style="list-style-type: none"> - Je suis dans une situation très particulière du fait que j'ai eu une nomination en tant que séquestre intérimaire qui m'a amené à superviser une affaire très importante qui m'a pris pratiquement tout mon temps. - Il y a eu un déclin notable du nombre de mises sous séquestre privées, une légère augmentation du nombre de séquestres sur nomination du tribunal (souvent avec possession restreinte ou droit de contrôle par le professionnel, de façon à éviter la responsabilité) et une augmentation prononcée de tous les types de restructurations à la fois en vertu de la LFI et de la LACC (il s'agit souvent de liquidations déguisées de façon à optimiser la valeur en évitant la publicité négative qui accompagne la procédure de faillite). 		
4.	<i>Réponses reçues</i>	
Quel est à peu près le pourcentage de vos dossiers, au cours des dernières années, comportant des conventions collectives?	3 x 0-10 %, 1 x 31-40 %	
5.	<i>Réponses reçues</i>	
Est-ce que votre décision de poursuivre ou non l'activité d'une entreprise insolvable et d'engager les anciens employés du débiteur en votre qualité de séquestre, séquestre intérimaire, syndic ou liquidateur dépend de la question de savoir s'il y a ou non une convention collective en place?	Oui Non S.O.	2 2 0

6.		<i>Réponses reçues</i>
Avez-vous refusé une nomination parce que vous étiez préoccupé concernant le risque de responsabilité personnelle en raison des obligations qui incombent au nouvel employeur?	Oui Non S.O.	0 3 0
7.		<i>Réponses reçues</i>
Avez-vous recommandé la liquidation plutôt que la continuation de l'entreprise dans le but de la vendre comme établissement en exploitation en raison du risque inhérent aux obligations du nouvel employeur?	Oui Non S.O.	1 2 0
8.	<i>Réponses reçues</i>	
Au cours des trois dernières années, dans quel pourcentage de vos dossiers les employés ont-ils reçu des paiements pour arriérés de salaire, congés payés et cotisations au régime de retraite sur une base consensuelle pour permettre la poursuite des activités de l'entreprise au cours d'une procédure d'insolvabilité?	3 x 0-10 %, 1 x 81-90 %	
9.		<i>Réponses reçues</i>
Dans votre pratique, dans quelle mesure le risque inhérent aux obligations du nouvel employeur est-il important lorsque vous déterminez la ligne d'action qui s'impose dans une situation donnée?	Souvent important Généralement important Parfois important Jamais important	0 2 1 0

