

Modèles d'ordonnances en matière commerciale

Introduction

La Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick et le Barreau du Nouveau-Brunswick ont mis sur pied un Comité du Barreau et de la magistrature en matière de droit commercial (le « **Comité** ») avec, entre autres, le mandat suivant : i) faire des recherches sur les pratiques judiciaires au Nouveau-Brunswick en matière commerciale, ii) faire des recherches sur les pratiques dans les autres provinces et territoires du Canada, iii) préparer un rapport sur les améliorations possibles des pratiques actuelles.

Le Comité a statué qu'il serait avantageux, pour les pratiques commerciales au Nouveau-Brunswick, d'avoir des modèles d'ordonnances pour la mise sous séquestre et les procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la « **LACC** »). Le Comité a aussi collaboré avec les cours supérieures des Provinces de l'Atlantique à l'élaboration de modèles d'ordonnances pour toute la région du Canada atlantique. Ce sont :

1. L'ordonnance de séquestre,
2. L'ordonnance initiale en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*,
3. L'ordonnance constitutive de charge en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

(appelées collectivement les « **modèles d'ordonnances** »).

Les modèles d'ordonnances sont en voie d'être mis en œuvre au Canada atlantique avec les adaptations appropriées aux pratiques locales et à la législation des provinces. Mais l'uniformité restera très forte entre les quatre provinces.

Pratique

Les modèles d'ordonnances ne sont pas conçus pour être suivis à la lettre dans tous les cas de mise sous séquestre ou les procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ils doivent plutôt servir de point de départ auquel il est possible de faire des ajouts, des modifications ou des suppressions pour tenir compte des faits d'une cause donnée. En outre, le simple fait pour une disposition de se trouver dans un modèle d'ordonnance ne signifie pas qu'elle convient à toutes les causes et les modèles d'ordonnances ne limitent en aucune façon le vaste pouvoir discrétionnaire du tribunal de rendre les ordonnances qu'il juge indiquées. Les avocats auront toujours le devoir de convaincre le tribunal que chaque disposition de l'ordonnance proposée est appropriée.

Au Nouveau-Brunswick, les modèles d'ordonnances doivent être utilisés comme point de départ par les avocats dans toute demande de nomination d'un séquestre ou à des fins de protection en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Pour chaque demande, les avocats sont tenus :

- i) de déposer une ébauche de l'ordonnance demandée au moment du dépôt de leur avis de demande ou de leur avis de motion;

Modèles d'ordonnances en matière commerciale

- ii) de déposer une copie de l'ordonnance demandée, c'est-à-dire du modèle d'ordonnance applicable, annotée pour indiquer toutes les adaptations qu'ils demandent.

L'annexe « A » ci-jointe présente les notes explicatives du modèle d'ordonnance de séquestre et l'annexe « B » ci-jointe présente les notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ces notes portent seulement sur certaines parties des modèles d'ordonnances. Les modèles d'ordonnances contiennent eux-mêmes des notes en bas de page qui en précisent certaines parties et des points de pratique. Les avocats doivent bien connaître les modèles d'ordonnances et toutes les notes explicatives.

Conclusion

Les modèles d'ordonnances seront mis à jour si besoin est, mais les avocats ont la responsabilité de se tenir au courant de toute modification statutaire ou décision du tribunal. Si une modification apportée à la loi applicable exige de modifier une disposition du modèle d'ordonnance applicable, les avocats doivent porter ce point à l'attention du tribunal dans toute demande et à l'attention du Comité.

Notes explicatives du modèle d'ordonnance de séquestre

Les présentes notes doivent être lues en concomitance avec le formulaire d'ordonnance de séquestre (l'« **ordonnance de séquestre** ») élaboré pour la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick et les directives de pratique connexes.

Introduction

L'élaboration de l'ordonnance de séquestre a pour but de rationaliser le processus de soumission et d'examen des demandes de mise sous séquestre. L'ordonnance devrait en outre aider à éviter les redondances et le manque de cohérence dans la pratique. L'ordonnance de séquestre établit un point de départ commun pour ceux qui demandent la nomination d'un séquestre judiciaire.

En attirant délibérément l'attention sur les modifications – ajouts et suppressions – apportées à l'ordonnance de séquestre, un requérant peut aider le tribunal à se concentrer sur les détails de l'argumentation présentée pour la cause qui le concerne ainsi que sur les enjeux précis susceptibles d'exiger plus d'attention. Il faut toutefois noter que le formulaire d'ordonnance de séquestre n'essaie en aucune façon de résoudre des enjeux juridiques de fond qui devraient être traités par le tribunal.

Parties et signification d'un avis

Le paragraphe 41.04(2) des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick précise qu'un avis doit être donné à toutes les personnes susceptibles d'avoir un droit sur les biens mis sous séquestre, sauf directive contraire du tribunal.

La partie requérante doit aviser de sa demande de mise sous séquestre le plus grand nombre possible de parties intéressées. L'identité des parties à qui l'avis a été signifié doit être clairement établie au tribunal, de même que leur comparution ou non-comparution. La partie requérante doit identifier dans ses documents toutes les parties ayant un droit enregistré sur les biens visés par la mise sous séquestre.

Pouvoirs du séquestre

Même s'il est peut-être plus simple de donner au séquestre un seul mandat rédigé en termes généraux pour qu'il fasse toutes les démarches nécessaires et raisonnables exigées afin d'exécuter la mise sous séquestre, les séquestres trouvent utile, voire essentiel, que leur ordonnance de nomination contienne une liste détaillée de leurs pouvoirs. Cela leur permet d'exiger plus facilement du débiteur qu'il respecte les dispositions et de prouver aux tierces parties qu'ils ont le pouvoir d'agir au nom du débiteur. Par conséquent, l'ordonnance de séquestre essaie de préciser les pouvoirs les plus importants et les moins controversés du séquestre et de les exprimer clairement afin d'éviter toute ambiguïté quant à l'exercice de ces pouvoirs.

Devoir de fournir l'accès et la coopération au séquestre

Une ordonnance de séquestre contient souvent des injonctions contre des personnes qui ne sont pas des parties officiellement visées par l'ordonnance afin de garantir leur coopération avec le séquestre et le respect de ses demandes. Le niveau de coopération exigé du débiteur et de son conseil

Notes explicatives du modèle d'ordonnance de séquestre

d'administration, de la direction, des employés, des actionnaires, et ainsi de suite, diffère du niveau de coopération exigé des tierces parties. Le débiteur, les compagnies qui appartiennent au même groupe que le débiteur, et toutes les parties ayant reçu l'avis d'ordonnance doivent accorder au séquestre l'accès immédiat aux biens du débiteur qui se trouvent en leur possession ou sous leur contrôle.

Les tierces parties doivent informer le séquestre de l'existence d'un bien et lui accorder l'accès à ce bien ou lui permettre de faire et de conserver des copies de ce bien. Le séquestre n'est pas autorisé à avoir accès à tout renseignement privilégié ou protégé par une disposition statutaire en interdisant la divulgation.

Le séquestre dispose de certains droits lui permettant d'avoir accès à des copies ou d'obtenir des copies de tout document électronique détenu par des tierces parties ou autrement. Les parties en possession de tels documents électroniques ne doivent pas les modifier, les effacer ni les détruire sans avoir obtenu au préalable le consentement écrit du séquestre. Elles doivent aussi fournir au séquestre les directives ou les renseignements pouvant être nécessaires pour avoir accès aux documents électroniques.

Suspension

L'ordonnance de séquestre : a) interdit d'intenter des poursuites contre le séquestre ainsi que contre le débiteur et les biens; b) empêche l'exercice des droits ou des recours contre le séquestre, le débiteur et les biens; c) empêche l'ingérence dans les pouvoirs du séquestre; d) prescrit le maintien des services par toutes les personnes avec qui le débiteur a des ententes. Plus précisément, elle limite les droits et recours de toute partie avec qui le débiteur a un arrangement ou une entente relativement à des biens personnels loués ou faisant l'objet d'un bail. De plus, elle donne au séquestre le pouvoir de retourner de tels biens à leur propriétaire aux conditions que le séquestre considère comme raisonnables et indiquées.

Il faut noter que l'ordonnance de séquestre prévoit deux exceptions particulièrement importantes à la suspension générale des droits et recours contre le séquestre, le débiteur et les biens. L'ordonnance de séquestre précise que rien n'empêche « le dépôt de tout enregistrement visant à préserver ou parfaire une sûreté » ni « l'enregistrement d'une revendication de privilège et le dépôt connexe d'une action pour préserver le droit d'un titulaire de privilège [...] » Toutefois, un revendicateur de privilège doit toujours obtenir le consentement du séquestre ou l'autorisation du tribunal avant d'entreprendre une action pour exercer ses droits à un privilège.

L'ordonnance de séquestre empêche aussi les tierces parties avec qui le débiteur a des ententes de modifier tout droit que le débiteur, et de ce fait le séquestre, est habilité à exercer, de même que tout droit de renouvellement, contrat, entente, licence ou permis, de les résilier ou d'y mettre fin.

Des fournisseurs peuvent essayer d'obtenir le paiement préférentiel de réclamations antérieures à l'insolvabilité, mais un séquestre est autorisé à maintenir la fourniture de marchandises et services par les tierces parties en payant seulement les prix et frais normaux conformément aux pratiques habituelles de paiement du débiteur. Le séquestre est aussi autorisé, sans y être obligé, à

Notes explicatives du modèle d'ordonnance de séquestre

ouvrir de nouveaux comptes ou à établir de nouveaux arrangements de paiement en son propre nom avec les fournisseurs.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques

Les renseignements personnels détenus par le débiteur au sujet des employés, des clients et des fournisseurs sont souvent très importants pour permettre au séquestre d'exploiter l'entreprise du débiteur ou de la vendre. La *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* contient une norme de la décision raisonnable qui vise à guider l'utilisation et la diffusion des renseignements personnels. Elle contient aussi une disposition – alinéa 7(3)c – qui permet à un séquestre de communiquer les renseignements personnels des employés, des clients et des fournisseurs à des acheteurs ou soumissionnaires éventuels dans la mesure où cela est souhaitable ou nécessaire pour négocier et conclure une vente. Ensemble, ces éléments limitent la nécessité pour un séquestre d'obtenir le consentement exprès des personnes pour divulguer leurs renseignements personnels. Cette capacité de divulguer des renseignements personnels sans le consentement exprès est de la plus haute importance pour un séquestre qui doit, souvent dans des circonstances urgentes, essayer d'empêcher la faillite d'une entreprise. L'ordonnance de séquestre exige qu'un acheteur ou un soumissionnaire éventuel des biens signe une entente de confidentialité appropriée qui limite sa capacité à utiliser autrement les renseignements personnels obtenus du débiteur par l'intermédiaire du séquestre.

Limitation de la responsabilité

L'ordonnance de séquestre garantit qu'un séquestre n'aura pas à faire face à des contestations de la part des créanciers en ce qui concerne l'exercice de chacun de ses pouvoirs discrétionnaires en limitant sa responsabilité sauf dans les cas de négligence, manquement à un contrat ou inconduite donnant ouverture à un recours.

Financement de la mise sous séquestre

L'ordonnance de séquestre crée trois charges ordonnées par le tribunal qui ont priorité sur toutes les sûretés existantes (à la condition que les parties aient reçu l'avis de demande). La première est la charge administrative qui garantit que le séquestre et ses avocats recevront des honoraires et débours raisonnables en autorisant une charge d'un montant maximal, grevée sur les biens du débiteur.

La deuxième charge ordonnée par le tribunal est la charge d'indemnisation du séquestre qui autorise une charge grevée sur les biens du débiteur à titre de sûreté pour les obligations que le séquestre doit contracter tout au long de la mise sous séquestre. Toutefois, cette charge ne couvre pas les obligations qui découlent d'une dette engagée par le séquestre à cause de sa négligence ou d'une inconduite donnant ouverture à un recours.

La troisième charge ordonnée par le tribunal est la charge des emprunts du séquestre qui autorise une charge grevée sur les biens du débiteur à titre de sûreté pour le paiement de toute somme que le séquestre emprunte au cours de la mise sous séquestre, ainsi que des intérêts correspondants.

Notes explicatives du modèle d'ordonnance de séquestre

L'ordonnance de séquestre établit la priorité suivante pour les charges ordonnées par le tribunal :

1. Charge administrative
2. Charge d'indemnisation du séquestre
3. Charge des emprunts du séquestre

Comme toutes les autres dispositions, l'ordre de priorité n'est pas obligatoire et il peut être adapté au besoin à une cause donnée.

Conclusion

En conclusion, il est important de rappeler que l'ordonnance de séquestre n'est pas conçue pour être suivie à la lettre dans toutes les demandes de mise sous séquestre. Elle doit plutôt servir de point de départ à partir duquel des ajouts, modifications ou suppressions peuvent être soumis à l'attention du juge à qui l'ordonnance est demandée. De plus, bien que les présentes notes explicatives s'efforcent d'éclairer des enjeux juridiques de fond et d'autres enjeux susceptibles d'être pertinents à chaque disposition, elles ne représentent en aucune façon un avis juridique. Pour toute question ou préoccupation concernant l'ordonnance de séquestre ou son application à votre cas, vous devriez communiquer avec un professionnel ou un avocat en matière d'insolvabilité.

Notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la LACC

Les présentes notes doivent être lues en concomitance avec le modèle d'ordonnance initiale (l'« **ordonnance initiale** ») et le modèle d'ordonnance constitutive de charge (l'« **ordonnance constitutive de charge** ») en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la « **LACC** »), élaborées pour la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick et les directives de pratique connexes.

Introduction

L'élaboration de l'ordonnance initiale et de l'ordonnance constitutive de charge (appelées collectivement les « **modèles d'ordonnances en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies** ») a pour but de rationaliser le processus de soumission et d'examen des demandes en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Les ordonnances devraient en outre aider à éviter les redondances et le manque de cohérence dans la pratique. Ces modèles d'ordonnances en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* établissent un point de départ commun pour ceux qui demandent la protection du tribunal conformément aux pouvoirs accordés par cette *Loi* pour aider les compagnies insolubles à se restructurer.

Comité du Barreau et de la magistrature en matière de droit commercial

Le Comité a pris une décision consciente de séparer les redressements liés à l'autorisation d'une charge grevée aux biens de la compagnie dans une ordonnance distincte de celle qui fournit la protection initiale contenue dans l'ordonnance initiale. Compte tenu de l'effet des charges ordonnées par le tribunal sur les droits des diverses parties, le Comité a statué qu'une attention particulière devait être accordée aux redressements demandés par la compagnie requérante. Bien que l'autorisation de charges soit courante, la compagnie devrait être prête à réviser les charges demandées, les droits des parties touchées, la nécessité du montant pour chacune des charges individuelles et la pertinence de toutes les charges dans le contexte général des procédures proposées.

1. Ordonnance initiale / ordonnance constitutive de charge

L'ordonnance initiale est conçue de façon à pouvoir être utilisée seule, avec la possibilité d'ajouter des dispositions sur une charge administrative, ou à être complétée par une ordonnance constitutive de charge. Une ordonnance constitutive de charge est rendue en même temps que l'ordonnance initiale ou plus tard lorsque le tribunal demande une deuxième audition ou une audition de « révision ».

L'ordonnance initiale contient les dispositions essentielles nécessaires pour donner à la compagnie un certain répit afin de pouvoir se concentrer à redevenir solvable par elle-même ou négocier une entente ou une transaction avec ses créanciers.

Le tribunal peut autoriser une série de charges en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* qui grèvent les biens de la compagnie en faveur, entre autres, du contrôleur, des avocats du contrôleur, des avocats de la compagnie, des administrateurs et dirigeants, des fournisseurs essentiels et des prêteurs du débiteur-exploitant. La priorité des charges peut être établie

Notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la LACC

selon l'autorisation accordée par le tribunal mais, en pratique, les charges ont priorité sur les créanciers garantis et sur toute autre partie ayant reçu un avis de la charge demandée.

Les commentaires qui suivent portent seulement sur ce qui serait pris en considération dans certaines des dispositions des modèles d'ordonnances.

2. La compétence inhérente du tribunal par opposition à sa vaste compétence dans les modèles d'ordonnances en vertu de l'article 11

La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* est une loi réparatrice qui exige une interprétation libérale pour faciliter l'atteinte de ses objectifs. Le tribunal a une vaste compétence inhérente et une vaste compétence en vertu de l'article 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

On entend par la compétence inhérente d'un tribunal la compétence qui lui est accordée en sa qualité de juridiction supérieure :

« Elle incarne le pouvoir des tribunaux judiciaires de contrôler leur propre procédure ainsi que les avocats et les autres fonctionnaires ayant un lien avec la Cour et sa procédure afin [TRADUCTION] "de faire respecter, de protéger et de remplir la fonction judiciaire qui consiste à rendre la justice conformément à la loi d'une façon régulière, ordonnée et efficace" »¹ [C'est nous qui soulignons.]

Il existe une distinction toutefois entre la procédure de la Cour pour ce qui concerne la restructuration, qui est régie par la compétence inhérente de la Cour, et la procédure de la compagnie qui est régie par le pouvoir discrétionnaire du juge en vertu de l'article 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Le tribunal supervise cette dernière « procédure » « grâce à sa capacité de suspendre ou d'interdire les poursuites engagées contre la compagnie ou d'y surseoir, pendant la période de négociation du plan d'arrangement "aux conditions qu'il peut imposer" ». ² De plus, étant donné que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* établit un cadre législatif afin de protéger une compagnie pour qu'elle dispose d'un milieu structuré pour s'attaquer à son insolvabilité, c'est le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 11 « qui fait fonctionner ce régime législatif vaste et souple ». ³ Par conséquent, à toutes fins utiles, le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 11 « élimine le besoin de recourir à la compétence inhérente » lorsque le tribunal supervise une procédure engagée au titre de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. ⁴

¹*Re Stelco Inc*, [2005] OJ N° 1171, 138 ACWS (3d) 222 au paragr. 34 (C.A. Ont.)

²*Ibid.* au paragr. 38.

³*Ibid.* au paragr. 36.

⁴*Ibid.*, au paragr. 36.

Notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la LACC

Examen de l'ordonnance initiale et de l'ordonnance constitutive de charge en vertu de la LACC

Signification [paragraphe 1 dans les deux ordonnances]

L'ordonnance initiale prévoit que la demande initiale est faite par la compagnie au moyen d'un avis de demande qui est signifié conformément aux *Règles de procédures* du Nouveau-Brunswick, *Règlement 82-73* du Nouveau-Brunswick.

Lorsque la signification est nécessaire, le paragraphe 38.05(1) des *Règles de procédures* exige que l'avis soit signifié à toutes les parties à l'instance. La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* impose aussi certaines exigences concernant les parties à qui doit être signifié l'avis avant qu'un tribunal puisse autoriser un certain redressement. Cela inclut tous les créanciers garantis touchés par une demande de financement temporaire, de charge administrative et de charge des administrateurs ou de la possibilité pour la compagnie de disposer des biens.

Plan d'arrangement [paragraphe 3 de l'ordonnance initiale]

Le paragraphe 3 autorise la compagnie à déposer un plan de transaction ou d'arrangement. La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ne définit pas en quoi consiste un plan de transaction ou d'arrangement (le « **plan** »). Le libellé général de ce paragraphe reflète la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et par conséquent les modalités de tout plan sont négociées par la compagnie et ses actionnaires.

Possession des biens et affaires de l'entreprise [paragraphe 4 à 9 de l'ordonnance initiale]

Le paragraphe 4 autorise le requérant à rester en possession de ses actifs, à continuer l'exploitation de l'entreprise, à maintenir en poste ses employés et à compléter son personnel si nécessaire ou souhaitable dans le cours ordinaire des affaires. Ces dispositions reflètent le maintien du statu quo pendant que la compagnie est soumise à une procédure sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

Dépenses [paragraphe 5 à 9 de l'ordonnance initiale]

Le paragraphe 5 autorise le paiement d'une série prescrite de dépenses engagées avant ou après le prononcé de l'ordonnance initiale. Les paiements autorisés sont volontairement limités de façon à traiter équitablement les réclamations et les créanciers précédant le prononcé de l'ordonnance initiale en attendant le dépôt et l'approbation d'un plan. De manière générale, cela signifie que le paiement des obligations contractées avant le prononcé de l'ordonnance initiale est suspendu jusqu'à l'approbation du plan, le paiement étant ensuite fait seulement en conformité avec le plan approuvé.

Les paiements concernent les salaires et avantages dus aux employés qui continuent à fournir des services après le prononcé de l'ordonnance initiale. Nonobstant la suspension des procédures prévues dans l'ordonnance initiale, le paiement de ces obligations contractées avant le prononcé de l'ordonnance initiale est autorisé afin de prévenir des problèmes de fonctionnement qui surviendraient

Notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la LACC

si les paiements réguliers et fréquents tels que les salaires étaient interrompus et afin de faciliter la poursuite des affaires et le maintien du statu quo.

Le paragraphe 6 autorise la compagnie à payer toutes les dépenses raisonnables engagées dans son entreprise dans le cours ordinaire des affaires après le prononcé de l'ordonnance. Ces dépenses comprennent les dépenses en immobilisations et sont considérées être des « dépenses nécessaires pour "payer les coûts opérationnels" ». ⁵

Le paragraphe 7 exige que la compagnie verse ou paye des montants de fiducie statutaire présumée en faveur de la Couronne, des taxes de vente et tout montant payable à la Couronne ou à une autre autorité fiscale relativement aux taxes municipales ou autres ayant priorité sur les créanciers garantis. Ce paragraphe s'applique seulement aux obligations qui ont été contractées ou qui doivent être payées après le prononcé de l'ordonnance.

Le paragraphe 8 exige que la compagnie paye le loyer en vertu d'un bail de bien immobilier, pour la période commençant à la date du prononcé de l'ordonnance initiale et jusqu'à la résiliation du bail.

Le paragraphe 9 interdit à la compagnie de faire des paiements à ses créanciers à compter de la date du prononcé de l'ordonnance, sauf les montants permis précisément dans l'ordonnance. De même, le requérant ne peut autoriser des sûretés relativement à ses biens et il ne peut autoriser des crédits ou contracter des obligations, sauf dans le cours ordinaire des affaires.

Dans certaines situations, il est nécessaire de faire un paiement plus généralisé des réclamations antérieures au dépôt de la demande, ou des charges pour le paiement des réclamations des fournisseurs essentiels antérieures ou postérieures à la demande afin de faciliter le succès de la restructuration en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, dans l'intérêt supérieur des actionnaires dans leur ensemble. Dans ce cas, les avocats peuvent insérer et annoter une disposition à cet effet aux fins d'examen par le tribunal.

Restructuration [paragraphe 10 de l'ordonnance initiale et paragraphe 3 de l'ordonnance constitutive de charge]

L'ordonnance initiale accorde à la compagnie des pouvoirs très étendus pour restructurer son entreprise. La compagnie peut interrompre ou réduire ses activités, de manière permanente ou temporaire, ou y mettre fin, mettre des employés à pied ou en disponibilité de façon temporaire lorsqu'elle le juge indiqué et poursuivre toutes les possibilités de refinancement des affaires sous réserve de l'approbation préalable du tribunal.

L'ordonnance initiale et l'ordonnance constitutive de charge autorisent toutes deux la compagnie à disposer d'actifs excédentaires ou immatériels si cela est dans le cours ordinaire des affaires. La possibilité de disposer de ces actifs est soumise à un plafond en dollars.

⁵Re *Nortel Networks Corp*, 2012 ONSC 5653, 16 CCLI (5th) 150 au paragr. 82.

Notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la LACC

Suspension des procédures [paragraphe 11 à 16 de l'ordonnance initiale]

Les dispositions relatives à la suspension des procédures sont semblables dans l'ordonnance initiale et dans l'ordonnance de séquestre, à l'exception du paragraphe 16 de l'ordonnance initiale qui établit une suspension des procédures protégeant les administrateurs et dirigeants contre l'introduction, la poursuite et l'exécution de procédures contre eux. La suspension en faveur des administrateurs et dirigeants est incluse dans la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* parce que, contrairement à une mise sous séquestre, les administrateurs et dirigeants sont habituellement maintenus dans leur poste dans une procédure en vertu de cette *Loi*.

Par conséquent, pour maintenir en poste des administrateurs et dirigeants compétents après l'ordonnance initiale, il est important de les protéger au cours des procédures sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

Les paragraphes 11 et 12 prévoient une période de suspension initiale d'un maximum de 30 jours (la « **période de suspension** ») pouvant être prolongée par une autre ordonnance, qui empêche l'introduction, la poursuite ou l'exécution de procédures contre la compagnie ou le contrôleur, ou touchant les affaires ou les biens de la compagnie.

Le paragraphe 13 maintient le statu quo en exigeant que, pendant la période de suspension, personne ne puisse interrompre ou résilier tout droit de renouvellement, contrat, entente ou licence en faveur de la compagnie, ni y mettre fin sans le consentement écrit de la compagnie et du contrôleur ou sans l'autorisation du tribunal.

De même, le paragraphe 14 exige que les parties ayant des contrats avec la compagnie pour la fourniture de marchandises et de services respectent leurs obligations après le prononcé de l'ordonnance initiale dans la mesure où elles sont payées pour les marchandises et services fournis après le prononcé de l'ordonnance initiale conformément aux pratiques de paiement normales de la compagnie.

Le paragraphe 15 se fait l'écho de l'article 11.01 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Il rappelle que la suspension des procédures s'applique seulement aux obligations et engagements précédant le prononcé de l'ordonnance initiale et que les personnes ont le droit d'exiger que soit effectué sans délai le paiement relatif à la fourniture de marchandises et services et à l'utilisation de biens loués ou faisant l'objet d'une licence, à la date du prononcé de l'ordonnance initiale ou par la suite. Ce paragraphe explique en outre que rien dans ces ordonnances n'oblige une personne à verser des avances de fonds ou de nouvelles avances de fonds ou à accorder un crédit à la compagnie.

Nomination du contrôleur [paragraphe 17 à 23 de l'ordonnance initiale]

Le paragraphe 17 nomme le contrôleur à titre d'officier de justice pour contrôler les affaires financières et autres de la compagnie. Les biens de la compagnie et la conduite de ses affaires en conformité avec la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et les modalités de l'ordonnance sont également soumis à la supervision du contrôleur.

Notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la LACC

De plus, la compagnie, ses administrateurs, ses dirigeants et ses employés sont tenus d'aviser le contrôleur de toute démarche importante réalisée par la compagnie en application de l'ordonnance et de coopérer avec le contrôleur afin de l'aider à s'acquitter de ses fonctions.

Le paragraphe 18 accorde au contrôleur une vaste gamme de pouvoirs qui ne sont pas autrement précisés dans la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Dans des procédures sous le régime de cette *Loi*, le contrôleur joue un rôle essentiel, car il observe la gestion et la gouvernance de la compagnie et il en fait rapport au tribunal.

Le paragraphe 19 précise que le contrôleur a bel et bien le rôle d'un « contrôleur ». Même si le contrôleur a plein droit aux renseignements importants, il n'a pas le pouvoir de prendre possession ou contrôle des affaires de la compagnie, ni de prendre part à la gestion ou à la supervision de la gestion de l'entreprise.

Le paragraphe 20 réitère, dans le contexte des protections accordées au contrôleur, que si l'ordonnance initiale devait être incompatible avec une loi, en particulier avec la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, la loi et plus précisément la LACC, aurait préséance.

Le paragraphe 21 exige que le contrôleur transmette les renseignements fournis par la compagnie, au lieu de simplement recueillir les renseignements de manière indépendante, en réponse à une demande raisonnable de renseignements de la part des créanciers. Il précise aussi que le contrôleur ne peut être tenu responsable des renseignements ainsi diffusés. Ce paragraphe précise en outre que, en exécutant ses obligations, le contrôleur ne doit pas communiquer de renseignements confidentiels.

Le paragraphe 22 exige que les honoraires et débours raisonnables du contrôleur et des avocats du contrôleur et de la compagnie soient payés, selon leurs tarifs et frais normaux. En outre, la compagnie doit payer ces honoraires et débours de manière régulière dans le cadre des coûts liés aux procédures. Cette disposition autorise aussi le paiement d'une avance sur salaire en faveur du contrôleur ou des avocats, cette avance étant gardée à titre de sûreté.

Le paragraphe 23 exige que le contrôleur et ses conseillers juridiques soumettent périodiquement leurs comptes au greffier de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick aux fins d'imposition.

Les charges

1. Généralités, validité et priorité

L'ordonnance constitutive de charge peut autoriser une sûreté ou une charge (la « **charge** ») en faveur du contrôleur, des avocats du contrôleur, des avocats de la compagnie, des administrateurs et dirigeants du requérant, des prêteurs du débiteur-exploitant (les « **prêteurs** ») et des fournisseurs essentiels. Il n'est pas nécessaire d'enregistrer l'ordonnance constitutive de charge dans un système

Notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la LACC

d'enregistrement tel que le Réseau d'enregistrement des biens personnels sous le régime de la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* du Nouveau-Brunswick.

L'ordonnance constitutive de charge donne aux charges la priorité sur tous les autres grèvements énumérés dans l'ordonnance. La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* établit que les charges peuvent avoir une super-priorité sur tous les créanciers garantis à la condition que ladite *Loi* soit respectée. Étant donné que l'ordonnance constitutive de charge permet plusieurs charges, il est nécessaire d'établir une priorité entre celles-ci. La priorité des charges établie par l'ordonnance constitutive de charge n'est pas définitive et elle peut faire l'objet de négociations entre les parties touchées.

Les charges ont pour but de veiller, en donnant un avis aux créanciers garantis touchés, à ce que la compagnie débitrice dispose de tout le personnel et le matériel nécessaires afin d'avoir la meilleure chance possible de continuer les affaires de l'entreprise comme pour une entreprise en activité, d'éviter la liquidation de l'entreprise et les procédures de faillite.

L'ordonnance initiale et l'ordonnance constitutive de charge interdisent toutes deux à la compagnie d'autoriser une charge ou une sûreté dont la priorité est égale ou supérieure à celle des charges. De plus, le paragraphe 23 de l'ordonnance constitutive de charge précise que les charges ne peuvent être ni limitées ni compromises, entre autres, à cause des procédures en cours. Cette protection est en conformité avec le but de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* étant donné que s'il y avait la moindre incertitude concernant la validité des charges, cela tendrait à décourager les titulaires de charge à continuer à faire affaire avec la compagnie.

2. Charge administrative [paragraphe 24, 26 et 27 de l'ordonnance initiale et paragraphe 7 de l'ordonnance constitutive de charge]

La charge administrative autorise le contrôleur, les avocats du contrôleur et les avocats de la compagnie à bénéficier d'une charge d'un montant maximal établi, aux fins des honoraires et débours professionnels.

Le Comité prévoit que l'ordonnance constitutive de charge sera demandée à la même date que l'ordonnance initiale. Malgré cette attente, si une ordonnance constitutive de charge n'est pas demandée au moment de la demande initiale, l'ébauche de l'ordonnance initiale prévoit qu'une charge administrative soit autorisée jusqu'à une audition de révision. Cette ébauche prévoit que la charge administrative établie en vertu de l'ordonnance initiale a priorité seulement sur certains créanciers garantis ayant reçu un avis comme l'exige la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

La charge administrative n'a pas besoin d'être incluse dans l'ordonnance initiale si l'ordonnance constitutive de charge est rendue en même temps. Toutefois, si l'ordonnance constitutive de charge n'est pas rendue ou si le tribunal considère qu'une audition de révision est indiquée, l'ordonnance initiale fournit une ébauche relativement à une charge administrative temporaire. L'ordonnance initiale prévoit aussi que la compagnie et les bénéficiaires de la charge administrative ont le droit, en donnant avis aux parties vraisemblablement touchées, de demander une hausse de la priorité de la charge

Notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la LACC

administrative afin qu'elle précède les réclamations garanties non énumérées dans l'ordonnance initiale.

3. Charge des administrateurs [paragraphe 4 à 6 de l'ordonnance constitutive de charge]

Pour donner à la compagnie la meilleure chance de succès, il est essentiel qu'elle ait des administrateurs et dirigeants compétents pour guider sa restructuration.

La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* permet maintenant d'inclure une indemnisation limitée et une charge en faveur des administrateurs et dirigeants. Cette charge vise l'exécution des obligations et des engagements que les administrateurs et dirigeants peuvent contracter après l'introduction d'une procédure sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

Le tribunal ne peut toutefois rendre une telle ordonnance s'il estime que la compagnie peut souscrire, à un coût qu'il estime juste, une assurance permettant d'indemniser adéquatement les administrateurs ou dirigeants.

4. Financement du débiteur-exploitant [paragraphe 8 à 13 de l'ordonnance constitutive de charge]

Dans les procédures sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, le financement du débiteur-exploitant (le « **financement du débiteur-exploitant** » ou « financement DIP ») est devenu courant et nécessaire dans la plupart des cas, le financement provisoire étant une solution exceptionnelle. La charge de débiteur-exploitant a des conséquences importantes sur les droits des créanciers garantis existants étant donné la super-priorité accordée aux prêteurs du débiteur-exploitant.

L'ordonnance constitutive de charge permet un financement provisoire jusqu'à un montant maximal préétabli. Le modèle d'ordonnance prévoit le dépôt d'une lettre d'engagement afin que le tribunal et les parties touchées puissent comprendre les détails de l'entente de financement provisoire proposée (les « **modalités de prêt au débiteur-exploitant** »).

L'ordonnance constitutive de charge exempte aussi le prêteur du débiteur-exploitant de la suspension des procédures, si la compagnie devait faire défaut. Toutefois, étant donné la gravité de cette exemption, il faut obtenir l'autorisation du tribunal et un avis doit être donné à la compagnie et au contrôleur avant que le prêteur du débiteur-exploitant puisse exercer ses droits et recours. Les modalités de la charge de financement du débiteur-exploitant prescrites dans l'ordonnance constitutive de charge doivent être examinées en fonction des modalités de prêt du débiteur-exploitant pour garantir la cohérence.

5. Fournisseurs essentiels [paragraphe 14 à 18 de l'ordonnance constitutive de charge]

Ces paragraphes autorisent le tribunal à déterminer qui est un fournisseur essentiel, à exiger du fournisseur essentiel qu'il continue à fournir les marchandises ou services et, en contrepartie, à exiger

Notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la LACC

que la compagnie paye rapidement les marchandises et services et accorde au fournisseur essentiel une charge ayant la priorité établie dans l'ordonnance constitutive de charge.

Le recours à une charge des fournisseurs essentiels peut être limité étant donné que les parties doivent continuer à faire des affaires avec la compagnie en vertu des dispositions de l'ordonnance initiale.

Signification et avis [paragraphe 30 à 32 de l'ordonnance initiale et paragraphe 27 de l'ordonnance constitutive de charge]

Les exigences en matière de signification et de publication sont énumérées aux paragraphes 30 à 32 de l'ordonnance initiale. L'ordonnance constitutive de charge adopte ces exigences au paragraphe 27.

Le paragraphe 30 de l'ordonnance initiale exige que le contrôleur publie des renseignements précis dans un journal, rende l'ordonnance publique, envoie un avis à tous les créanciers connus ayant une réclamation supérieure à 1 000 \$ contre le requérant et dresse une liste des nom et adresse des créanciers, avec le montant estimé de chaque réclamation.

Généralités (paragraphe 33 à 37 de l'ordonnance initiale et paragraphes 28 à 30 de l'ordonnance constitutive de charge)

Ces paragraphes se répètent, les paragraphes 35 à 38 de l'ordonnance initiale correspondant aux paragraphes 28 à 31 de l'ordonnance constitutive de charge.

L'ordonnance initiale autorise expressément la compagnie et le contrôleur à demander un avis et des conseils au tribunal en ce qui concerne les pouvoirs et l'exécution des fonctions. De plus, le contrôleur est autorisé à agir comme séquestre intérimaire, séquestre-gérant et comme syndic dans la faillite du requérant, de l'entreprise ou des biens.

L'ordonnance initiale et l'ordonnance constitutive de charge accordent toutes deux au contrôleur de vastes pouvoirs pour se faire reconnaître auprès des instances canadiennes ou étrangères et demander l'aide de tous les tribunaux, cours, organismes de réglementation et administratifs.

Les paragraphes 37 et 30 respectivement de l'ordonnance initiale et de l'ordonnance constitutive de charge prévoient une ordonnance révisée qui autorise la compagnie et le contrôleur à modifier l'ordonnance initiale ou l'ordonnance constitutive de charge, en donnant l'avis exigé dans les *Règles de procédures*.

Conclusion

En conclusion, il est important de rappeler que les ordonnances initiale et constitutive de charge établies en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ne sont pas conçues pour être suivies à la lettre dans toutes les demandes faites sous le régime de cette *Loi*. Ces ordonnances doivent plutôt servir de point de départ auquel des ajouts, des modifications ou des

Notes explicatives des modèles d'ordonnances en vertu de la LACC

suppressions peuvent être portés à l'attention du juge à qui est demandée l'ordonnance. En outre, bien que les présentes notes explicatives s'efforcent d'éclairer des enjeux juridiques de fond et d'autres enjeux susceptibles d'être pertinents à chaque disposition, elles ne représentent en aucune façon un avis juridique. Pour toute question ou préoccupation concernant les modèles d'ordonnances en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou leur application à votre cas, vous devriez communiquer avec un professionnel ou un avocat en matière d'insolvabilité.