

Restructuration, insolvabilité
et droit bancaire

lavery
DROIT ► AFFAIRES

LA COUR SUPÉRIEURE REFUSE D'IMPORTER L'ARRÊT INDALOX AU QUÉBEC

JEAN-YVES SIMARD

(avec la collaboration de Brittany Carson, étudiante en droit)

LE 20 AVRIL 2012, LE JUGE MONGEON DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC A RENDU UNE DÉCISION IMPORTANTE DANS LE CADRE DE LA RESTRUCTURATION DE LA COMPAGNIE DE PAPIERS WHITE BIRCH (« WHITE BIRCH »).¹ CE JUGEMENT POURRAIT AVOIR UN EFFET À LONG TERME SUR LA JURISPRUDENCE RELATIVE À LA LACC AU QUÉBEC, PUISQU'IL TRAITE DE QUESTIONS TOUCHANT AUX RÉGIMES DE RETRAITE DES SOCIÉTÉS INSOLVABLES ET À L'APPLICABILITÉ, AU QUÉBEC, D'UNE DÉCISION IMPORTANTE DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO.

CONTEXTE

White Birch est un fabricant de papier journal et de papier pour usages spéciaux exerçant des activités au Québec et en Virginie. Au début de 2010, la société s'est placée sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la « LACC »).² Au moment où l'ordonnance initiale a été rendue, les régimes de retraite de White Birch affichaient un déficit de solvabilité considérable. L'ordonnance initiale prévoyait notamment la suspension des « cotisations d'équilibre » à ses régimes de retraite. Elle libérait également White Birch de toute obligation légale, fiduciaire ou de common law, en plus de stipuler qu'aucune fiducie, expresse, tacite ou présumée, ne serait reconnue.

Enfin, l'ordonnance initiale créait une charge super-prioritaire visant à assurer un financement temporaire (le « financement DIP »), afin de permettre à la société de poursuivre ses activités pendant la restructuration.

Quelque 21 mois après que l'ordonnance initiale eut été accordée, le syndicat (le SCEP), les comités de retraite des employés non syndiqués et un groupe de retraités ont chacun déposé une requête devant la Cour, afin d'obtenir un jugement déclaratoire recherchant que toute somme payable par White Birch aux régimes de retraite soit déclarée constituer une réclamation ayant préséance sur toute réclamation du prêteur DIP. En outre, ils ont allégué que la société disposait de liquidités suffisantes pour reprendre ses cotisations d'équilibre aux régimes de retraite et ils ont demandé une ordonnance à cette fin.

POSITION DES REQUÉRANTS

Les requérants cherchaient à convaincre le tribunal d'appliquer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Indalex*³ en droit québécois. Ils ont fait valoir que l'article 49 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite du Québec* (la « LRRC »)⁴, à l'instar de la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario (la « LRR »)⁵, créait une fiducie présumée d'origine législative à l'égard des cotisations non versées par l'employeur, y compris les cotisations d'équilibre. En outre, les requérants ont soutenu que, compte tenu de l'arrêt *Indalex*, il incombait à White Birch de démontrer que les objectifs généraux de la LACC fédérale avaient préséance sur la loi provinciale.

¹ 2012 QCCS 1679.

² L.R.C. 1985, c C-36.

³ 2011 ONCA 265 [Indalex].

⁴ L.R.Q., c R-15.1, art.49.

⁵ 1990, c P8

ARRÊT INDALLEX

Le litige entre les requérants et White Birch portait principalement sur l'application de l'arrêt *Indalex*. En avril 2009, Indalex a été placée sous la protection de la LACC. Elle a obtenu un financement DIP auprès d'un groupe de prêteurs syndiqués en échange de la charge super-prioritaire habituelle, ayant priorité de rang sur toute réclamation ou fiducie garantie ou toute autre charge légale ou contractuelle. La société était également l'administrateur de deux régimes de retraite à prestations déterminées, soit un destiné aux employés, et l'autre, aux cadres, qui affichaient tous les deux un déficit de solvabilité important. Indalex demandait au tribunal l'autorisation de vendre ses actifs et de distribuer le produit de cette vente aux prêteurs DIP. Les syndicats, de même que certains représentants des retraités, contestaient la distribution proposée des actifs.

La Cour d'appel de l'Ontario a unanimement invalidé la décision du tribunal inférieur, statuant qu'en vertu de l'article 57(4) de la LRR, le déficit de solvabilité du régime de retraite des employés faisait l'objet d'une fiducie présumée et qu'en conséquence, la somme nécessaire pour combler ce déficit devait être prélevée sur le patrimoine de la débitrice. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, la loi provinciale continue de s'appliquer dans les cas d'insolvabilité et de restructuration, en l'absence d'une disposition expresse d'une loi fédérale qui la supplanterait. Finalement, il n'avait pas été démontré que la LRR et la LACC étaient incompatibles. En conséquence, la LRR continuait de s'appliquer, même si la débitrice avait été placée sous la protection de la LACC. De plus, étant donné que l'ordonnance initiale ne stipulait pas que le prêt DIP avait priorité de rang sur la fiducie présumée, celle-ci devait avoir préséance sur la charge super-prioritaire du DIP.

La Cour d'appel de l'Ontario a par ailleurs jugé que la disposition relative aux fiducies présumées de la LRR ne pouvait s'appliquer au régime de retraite des cadres, étant donné que ce régime n'avait pas été liquidé au moment où l'ordonnance initiale a été rendue. La Cour a déclaré plutôt que la société, en qualité d'administrateur des régimes de retraite, n'avait rien fait pour protéger les intérêts des bénéficiaires et qu'en conséquence, elle avait manqué à son obligation fiduciaire. La Cour s'est appuyée sur les principes d'*equity* pour remédier à la situation, affirmant qu'Indalex avait manqué à ses obligations à titre de fiduciaire par interprétation (« *constructive trustee* ») du régime de retraite. Selon la Cour, la fiducie par interprétation en faveur des bénéficiaires des régimes avait préséance sur la charge accordée en faveur des prêteurs DIP.

COTISATIONS D'ÉQUILIBRE EN VERTU DE LA LRCR : UNE FIDUCIE A-T-ELLE ÉTÉ CRÉÉE ?

Le juge Mongeon de la Cour supérieure du Québec en est arrivé à une conclusion différente de celle de la Cour d'appel de l'Ontario. Il a statué que, contrairement à la LRR de l'Ontario, la LRCR du Québec ne crée pas de fiducie en droit québécois. La disposition en question est la suivante :

49. Jusqu'à leur versement à la caisse de retraite ou à l'assureur, les cotisations et les intérêts accumulés sont réputés détenus en fiducie par l'employeur, que ce dernier les ait ou non gardés séparément de ses biens.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* contenait auparavant une présomption qui rendait inutile la création d'une fiducie réelle; cependant, cette loi et la LACC ne reconnaissent plus désormais que les fiducies réelles, sous réserve de quelques exceptions. Par conséquent, selon le juge Mongeon, dans le cadre du régime actuel, la mention d'une fiducie présumée dans la loi ne fait que créer une présomption à l'égard de l'existence d'une fiducie. Pour qu'une fiducie existe réellement, tous ses éléments constitutifs selon le droit applicable doivent être présents.

En outre, la Cour s'est fondée sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*⁶ selon laquelle l'article 37 de la LACC est inopérant dans le contexte d'un arrangement en vertu de cette loi, étant donné qu'il ne protège pas de manière explicite cette fiducie présumée. En d'autres termes, une fiducie présumée en vertu de la LRCR est inopposable à une débitrice en vertu de la LACC.

En l'absence d'une fiducie présumée, une fiducie n'aurait été créée en faveur des requérants que si elle répondait aux exigences applicables à une fiducie réelle en vertu du droit provincial. En effet, la notion de fiducie par interprétation, qui est fondamentale dans l'arrêt *Indalex*, est inconnue en droit québécois. Toutefois, en l'espèce, le fait qu'aucuns fonds n'aient été transférés ni réservés aux cotisations d'équilibre a amené le juge Mongeon à conclure qu'aucune fiducie réelle n'avait été créée. White Birch n'avait rien transféré et avait, en fait, conservé le plein contrôle des biens supposément visés par une fiducie. Les sommes exigibles étaient confondues avec le reste des fonds de la société, et elles n'étaient d'aucune façon séparées ni soustraites au contrôle de celle-ci.

⁶ 2010 CSC 60.

EST-CE QUE WHITE BIRCH A MANQUÉ À SES OBLIGATIONS FIDUCIAIRES ?

Le juge Mongeon a tout d'abord fait une distinction importante entre la situation qui prévalait dans l'affaire *Indalex*, en vertu de la LRR, et le mode d'administration des régimes de retraite au Québec. Plus particulièrement, contrairement à la situation dans l'affaire *Indalex*, où la société administrait elle-même les régimes, lorsqu'un régime de retraite est enregistré au Québec, il doit être administré par un comité de retraite. Par conséquent, une fois que le régime de retraite a été enregistré, l'employeur n'a plus d'obligation fiduciaire envers celui-ci. Ainsi, la Cour a statué que, contrairement à la situation dans l'affaire *Indalex*, White Birch n'avait pas assumé le rôle d'un administrateur ou d'un gestionnaire des régimes de retraite en question et que, par conséquent, on ne pouvait conclure qu'elle avait manqué à ses obligations fiduciaires. De plus, étant donné que la fiducie par interprétation n'existe pas en droit québécois, White Birch, contrairement à la situation dans *Indalex*, ne pouvait être considérée comme un « fiduciaire par interprétation ».

REJET DE L'ARRÊT *INDALEX*

Le juge Mongeon a conclu son analyse de l'arrêt *Indalex* en mentionnant des affaires récentes en Ontario, dans le cadre desquelles les tribunaux ont refusé de statuer qu'une fiducie présumée en vertu de la LRR avait préséance sur les charges en vertu de la LACC. La décision du juge Morawetz dans l'affaire *Re Timminco*⁷ est citée, puisqu'elle met en lumière le fait que d'ordonner à une débitrice de continuer à effectuer des cotisations d'équilibre, lorsque cela a pour effet d'acculer une société rentable à la faillite, contrevient à l'objectif de la LACC. Par conséquent, le Juge Mongeon est d'avis que même s'il avait conclu qu'une fiducie avait été créée en faveur des requérants, la LRCR aurait été inapplicable, selon la doctrine de prépondérance de la loi fédérale sur la loi provinciale.

En définitive, ce rejet non seulement de l'arrêt *Indalex*, mais également de l'existence d'une fiducie découlant de l'article 49 de la LRCR pouvant être opposée à la débitrice, signifie que les cotisations d'équilibre suspendues par l'effet de l'ordonnance initiale sont uniquement des réclamations non garanties.

« CHARGE FLOTTANTE »

Les requérants ont fait valoir, à titre subsidiaire, que si l'article 49 de la LRCR ne créait pas de fiducie opposable au prêteur DIP, cette disposition pouvait créer une charge flottante sur les actifs de la débitrice. Le juge Mongeon a cité la Cour suprême du Canada, qui décrit la charge flottante dans les termes suivants :

« [...] Une charge flottante n'est pas un mortgage spécifique sur les biens, assorti d'une autorisation consentie au débiteur sur mortgage de les aliéner dans le cours normal de ses affaires; c'est plutôt un mortgage général qui grève tout bien visé par la charge, mais qui n'affecte pas spécifiquement ces biens jusqu'à ce qu'un événement donné se produise ou jusqu'à ce que le créancier sur mortgage accomplisse un acte qui a pour effet de transformer cette charge en charge fixe. »⁸

Dans le dossier sous étude, les requérants soutenaient que la charge flottante aurait pour effet d'accorder aux cotisations d'équilibre un rang inférieur à celui des charges super-prioritaires octroyées aux termes de l'ordonnance initiale, mais supérieur à celui des autres réclamations, garanties ou non. Cependant, cet argument n'a pas été retenu par la Cour, la théorie s'appuyant sur les charges flottantes ne trouvant pas application en droit québécois.

ARGUMENT *RES JUDICATA*

En réponse à l'argument selon lequel les ordonnances précédentes de la Cour étaient définitives et ne pouvaient être modifiées ou revues, la Cour note l'existence d'une clause de retour qui semblait permettre des ajustements à l'ordonnance initiale. Toutefois, la Cour remarque que des décisions importantes avaient été prises en fonction de ces ordonnances. Dans le cas présent, le prêteur temporaire avait convenu de prêter des dizaines de millions de dollars à White Birch afin que la société demeure solvable. De plus, l'ordonnance initiale n'a pas été rendue à l'insu des requérants. Le juge Mongeon conclut que le long délai écoulé entre l'ordonnance initiale et la requête qui lui était présentée (soit 21 mois) n'était pas imputable à une ignorance des faits, mais plutôt à l'effort concerté des requérants en vue de faire appliquer les principes de l'arrêt *Indalex* au Québec.

⁷ 2012 ONCS 506; 2012 ONCS 948.

⁸ *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.; Banque Toronto Dominion c. M.R.N.*, [1996] 1 RCS 963, citée au paragraphe 204 de la décision.

Bien que la situation de trésorerie de White Birch se soit nettement améliorée, le juge Mongeon déclare que s'il ordonnait à celle-ci de reprendre ses cotisations d'équilibre, cela donnerait aux régimes de retraite un avantage indu sur les autres créanciers de White Birch, dont les réclamations ont été suspendues. En effet, l'augmentation des liquidités de la société est attribuable en grande partie à la suspension que celle-ci a obtenue en vertu de la LACC, qui lui a permis de suspendre ses paiements sur un montant de quelque 900 millions de dollars de dettes.

CONCLUSION

À l'heure actuelle, les effets de cette décision tout comme ceux de l'arrêt *Indalex* demeurent incertains. La cause *Indalex* a été entendue par la Cour suprême du Canada le 5 juin 2012, et la décision de cette dernière est très attendue. Par ailleurs, le 9 mai 2012, l'Association des retraités de White Birch – Stadacona a demandé l'autorisation d'en appeler de la décision du juge Mongeon. Bien que l'incidence des affaires *Indalex* et *White Birch* ne soit pas encore connue, ces deux appels seront suivis de près tant par le milieu juridique que celui des affaires.

JEAN-YVES SIMARD

514 877-3039
jysimard@lavery.ca

VOUS POUVEZ COMMUNIQUER AVEC LES MEMBRES SUIVANTS
DU GROUPE RESTRUCTURATION, INSOLVABILITÉ ET DROIT BANCAIRE
POUR TOUTE QUESTION RELATIVE À CE BULLETIN.

EUGÈNE CZOLIJ 514 878-5529 eczolij@lavery.ca
PHILIPPE D'ETCHEVERRY 514 877-2996 pdetcheverry@lavery.ca
DANIEL DES AULNIERS 418 266-3054 ddesaulniers@lavery.ca
JACQUES Y. DESJARDINS 613 560-2522 jdesjardins@lavery.ca
MARTIN J. EDWARDS 418 266-3078 medwards@lavery.ca
NICOLAS GAGNON 514 877-3046 ngagnon@lavery.ca
JULIE GRONDIN 514 877-2957 jgrondin@lavery.ca
RICHARD HINSE 514 877-2902 rhinse@lavery.ca
JEAN LEGAULT 514 878-5561 jlegault@lavery.ca
LÉA MAALOUF 514 878-5436 lmaalouf@lavery.ca
PATRICE RACICOT 514 878-5567 praticot@lavery.ca
JEAN-YVES SIMARD 514 877-3039 jysimard@lavery.ca
MARIE-RENÉE SIROIS 613 560-2530 mrsirois@lavery.ca
MATHIEU THIBAUT 514 878-5574 mthibault@lavery.ca
DOMINIQUE VALLIÈRES 514 877-2917 dvallieres@lavery.ca
BRUNO VERDON 514 877-2999 bverdon@lavery.ca
JONATHAN WARIN 514 878-5616 jwarin@lavery.ca

ABONNEMENT VOUS POUVEZ VOUS ABONNER, VOUS DÉSUBONNER OU MODIFIER VOTRE PROFIL
EN VISITANT LA SECTION PUBLICATIONS DE NOTRE SITE INTERNET lavery.ca OU EN COMMUNIQUANT
AVEC CAROLE GENEST AU 514 877- 3071.

► lavery.ca

© Tous droits réservés 2012 ► LAVERY, DE BILLY, S.E.N.C.R.L. ► AVOCATS

Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit.

Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.

MONTRÉAL QUÉBEC OTTAWA