lavery
Avocats

La Cour suprême rend sa décision dans l'affaire Indalex : les prêteurs débiteurs-exploitants ont priorité de rang sur les bénéficiaires des régimes de retraite dans le cadre d'une restructuration en vertu de la LACC

1 avril 2013

Le 1er février 2013, la Cour suprême a renversé une décision controversée de la Cour d'appel de l'Ontario qui accordait aux bénéficiaires des régimes de retraite priorité de rang sur les prêteurs débiteurs-exploitants (« DE ») dans le cadre d'une restructuration en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la « LACC »).[1] Plusieurs personnes étaient inquiètes de l'impact de cette décision de la Cour d'appel sur les prêteurs, et plus particulièrement, du fait que ceux-ci pourraient s'avérer peu enclins à avancer des fonds à des débiteurs procédant à une restructuration, par crainte de ne pas être en mesure d'obtenir une charge ayant priorité sur toutes les autres créances. Bien que la décision de la Cour suprême semble apaiser bon nombre de ces craintes, cette décision pourrait par ailleurs susciter d'importantes inquiétudes pour les prêteurs garantis dans un contexte « hors insolvabilité ».

LES FAITS

En 2009, Indalex, filiale canadienne d'une société américaine (Indalex É.-U.) qui fabriquait des extrusions d'aluminium, est devenue insolvable. La société américaine s'est par la suite placée sous la protection du chapitre 11, et Indalex a demandé et obtenu une suspension des procédures sous le régime de la LACC. Indalex administrait alors deux régimes de retraite enregistrés : l'un à l'intention des salariés de la société (le « **Régime des salariés** ») et l'autre à l'intention de ses cadres (le « **Régime des cadres** »). Lorsque les procédures sous le régime de la LACC ont été engagées, le Régime des salariés était en cours de liquidation, alors que le Régime des cadres n'acceptait plus de participants, mais il n'avait pas encore été liquidé. Lorsque la suspension des procédures a été accordée sous le régime de la LACC, les régimes de retraite accusaient respectivement un déficit de liquidation de 1,8 million de dollars et de 3 millions de dollars.

En avril 2009, le tribunal chargé d'appliquer la LACC a autorisé Indalex à conclure une entente de financement intérimaire avec un groupe de prêteurs DE en contrepartie d'une charge ayant priorité sur tous les autres créanciers de la société. Le prêt DE était de plus garanti par Indalex É.-U.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Indalex a réussi à vendre ses actifs comme entreprise en exploitation, mais la soumission acceptée ne permettait pas de couvrir complètement le prêt DE, et l'acheteur refusait de prendre à sa charge les régimes de retraite. Le 20 juillet 2009, Indalex et Indalex É.-U. ont chacune demandé au tribunal dont elles relevaient d'approuver la vente des éléments d'actif, ainsi que la distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. Des participants des régimes de retraite ont contesté cette demande, faisant valoir que leurs créances avaient priorité sur celles des prêteurs DE, parce que le passif non capitalisé des régimes de retraite était protégé par une fiducie réputée en vertu de la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario (la « **LRR** »). Ils ont également fait valoir qu'Indalex avait manqué aux obligations fiduciaires qui lui incombaient en qualité d'administrateur des régimes de retraite, et ce, du début à la fin des procédures en vertu de la LACC. Le tribunal a approuvé la vente, mais a ordonné au contrôleur de constituer un fonds de réserve de 6,75 millions de dollars, en attendant la décision relative aux créances des participants des régimes.

Ayant versé aux prêteurs DE la somme qui leur était encore due, Indalex É.-U. a été subrogée dans les droits des prêteurs DE et est devenue créancière de premier rang d'Indalex aux termes de la charge DE.

DÉCISIONS DES TRIBUNAUX INFÉRIEURS

Le juge Campbell de la Cour supérieure de l'Ontario a rejeté les requêtes des participants, concluant que la fiducie réputée créée par la LRR ne s'appliquait pas aux déficits de liquidation parce que les paiements afférents n'étaient pas [traduction] « échus » ou « à échoir » à la date de la liquidation et que le Régime des cadres n'avait pas un tel déficit puisque n'étant pas encore liquidé.[2]

La Cour d'appel a accueilli les appels des participants. Renversant la décision de la Cour supérieure, elle a conclu que le paragraphe 57(4) de la LRR s'appliquait à toutes les sommes dues au titre du déficit de liquidation d'un régime. La Cour a également conclu qu'une fiducie réputée existait quant au Régime des salariés et que cette fiducie réputée avait priorité (en vertu du paragraphe 30(7) de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario) sur la charge accordée aux prêteurs DE. La Cour d'appel a jugé que la doctrine de la prépondérance fédérale n'avait pas été invoquée lorsque l'ordonnance initiale qui prévoyait la création de la charge DE avait été rendue et que rien au dossier n'indiquait que le fait de ne pas appliquer cette doctrine compromettrait la capacité de restructuration d'Indalex. La Cour a également conclu qu'Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers les participants, à plusieurs titres, du début à la fin des procédures en vertu de la LACC, et qu'une fiducie par interprétation (au profit des participants des régimes) grevant le fonds de réserve était une réparation appropriée pour de tels manquements.[3]

LA POSITION DE L'APPELANTE

Indalex a fait valoir devant la Cour suprême que les paiements au titre du déficit de liquidation ne sont pas visés par la fiducie réputée créée par la LRR puisqu'ils ne sont établis que longtemps après la date de prise d'effet de la liquidation. Par conséquent, ils ne peuvent être des paiements accumulés, tel que l'exige la législation.[4] De plus, Indalex a argumenté que même si les participants pouvaient bénéficier d'une fiducie réputée, la charge accordée en faveur des prêteurs DE aurait priorité sur une telle créance des participants.[5]

En ce qui concerne les obligations fiduciaires incombant à la société, Indalex a fait valoir qu'elle joue deux rôles distincts, soit celui d'administrateur des régimes de retraite et celui d'employeur dans le cadre duquel elle prend des décisions dans l'intérêt supérieur de la société. L'argument invoqué par Indalex était que ses décisions prises à titre d'employeur ne sont pas assujetties à des obligations fiduciaires envers les participants.[6] Indalex a également fait valoir que s'il était établi qu'elle avait manqué à ses obligations fiduciaires à titre d'administrateur des régimes, la fiducie par interprétation imposée par la Cour d'appel n'était pas une réparation appropriée.[7]

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

LA FIDUCIE RÉPUTÉE CRÉÉE PAR LA LRR ET LES DÉFICITS DE LIQUIDATION

La première question considérée par la Cour suprême concernait l'application du paragraphe 57(4) de la LRR, lequel se lit comme suit :

57(4) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements [*Nos soulignés*].

La question était donc de savoir si la fiducie réputée créée aux termes de cette disposition s'appliquait aux paiements au titre du déficit de liquidation exigés par l'alinéa 75(1)b) de la LRR. Afin que les paiements relatifs au déficit de liquidation du Régime des salariés puissent être visés par cette fiducie réputée, ils devaient constituer des cotisations de l'employeur accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues, tel que l'exige le paragraphe 57(4) de la LRR.

La Cour suprême a confirmé, à la majorité, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario sur ce point, refusant ainsi d'accepter l'interprétation plus restrictive du mot « accumulées » soumise par Indalex. De l'avis de la Cour, le texte, le contexte, ainsi que l'objet de la disposition mènent à la conclusion que les déficits de liquidation visés à l'alinéa 75(1)b) sont de fait protégés par une fiducie réputée. Bien que les sept juges aient convenu que les déficits de liquidation constituaient des cotisations de l'employeur qui n'étaient pas encore dues, quatre d'entre eux sont également venus à la conclusion qu'elles étaient « accumulées » à la date de la liquidation. La juge Deschamps, écrivant pour la majorité sur ce point, a souligné le contraste entre son opinion et celle des juges dissidents, déclarant que :

La différence entre le raisonnement que j'applique et celui du juge Cromwell réside dans le fait que le sien exige que le calcul puisse s'établir avant la date de la liquidation, tandis que je suis d'avis que la date où s'effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation [*Nos soulignés*].[8]

La majorité a également conclu que l'historique législatif de la LRR et la vocation réparatrice de la disposition législative qui crée cette fiducie réputée mènent tous deux à la conclusion que l'exclusion des paiements au titre d'un déficit de liquidation de la protection offerte par la fiducie réputée irait à l'encontre de l'intention poursuivie par le législateur ontarien.[9] Toutefois, tous les juges ont convenu que la fiducie réputée ne peut s'appliquer qu'au Régime des salariés et non au Régime des cadres, celui-ci n'ayant pas encore été liquidé.[10]

FIDUCIES RÉPUTÉES ET CHARGES BÉNÉFICIANT D'UNE SUPERPRIORITÉ AUX TERMES DE LA LACC : QUI A PRIORITÉ ?

Bien que la Cour ait conclu qu'une fiducie réputée avait été créée à l'égard des paiements au titre du Régime des salariés, cela ne suffisait pas pour disposer du pourvoi. En effet, la question suivante demeurait : la fiducie réputée de droit provincial créée par le paragraphe 57(4) de la LRR a-t-elle priorité sur la charge créée par le tribunal en faveur des prêteurs DE? La Cour souligne que la fiducie réputée de droit provincial créée par la LRR continue de s'appliquer dans les instances relevant de la LACC, sous réserve de l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale qui rend la loi provinciale inopérante dans la mesure de son incompatibilité avec la loi fédérale.[11] De plus, la Cour rejette la position retenue par la Cour d'appel de ne pas appliquer cette doctrine au motif que celle-ci n'avait pas été explicitement invoquée par les appelants au moment où l'ordonnance initiale a été rendue et la charge DE accordée. La Cour suprême en vient plutôt à la conclusion que la prépondérance est une question de droit qui peut être soulevée même si elle n'a pas été invoquée dans une procédure initiale.[12]

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

La Cour suprême a conclu qu'un tel conflit existait en l'occurrence puisque le respect du droit provincial (la LRR) implique nécessairement de ne pas se conformer à l'ordonnance rendue dans le cadre de la procédure engagée sous le régime de la LACC en vertu du droit fédéral. Par conséquent, accorder priorité aux prêteurs DE avait pour effet de reléguer à un rang inférieur les créances des autres intéressés, y compris celles des participants aux régimes de retraite. En outre, la Cour a également précisé que la charge DE, d'origine judiciaire et fondée sur la LACC, a le même effet qu'une priorité d'origine législative. Dans la mesure où les dispositions fédérales et provinciales produisent des ordres de priorité différents et conflictuels, la charge DE a priorité sur la fiducie réputée en raison de l'application de la doctrine de la prépondérance.[13]

INDALEX A-T'ELLE MANQUÉ À SES OBLIGATIONS FIDUCIAIRES ?

La Cour a également indiqué que des problèmes de conflit d'intérêts peuvent survenir lorsqu'une société agit à la fois en tant qu'administrateur d'un régime de retraite et en tant qu'employeur, en particulier dans le contexte d'une restructuration. Les intérêts de la société peuvent entrer en conflit avec son devoir, en tant qu'administrateur du régime, de s'assurer que les cotisations soient versées lorsqu'elles sont dues.[14] Un employeur ne peut pas négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime dans le but de favoriser ses devoirs envers la société.[15]

En l'espèce, la Cour a conclu qu'Indalex s'était effectivement placée en situation de conflit d'intérêts, mais la majorité n'a pas jugé que les manquements de la société débitrice à ses devoirs fiduciaires étaient aussi généralisés que l'indiquait la Cour d'appel.[16] En effet, bien que la société n'ait pas manqué à ses devoirs fiduciaires en demandant l'émission d'une ordonnance initiale en vertu de la LACC ou en omettant d'aviser les participants de son intention de demander l'émission d'une telle ordonnance, elle était tenue de fournir un avis lorsqu'elle a cherché à obtenir l'ordonnance approuvant le prêt DE puisque celui-ci aurait priorité sur les créances des participants des régimes.[17]

La majorité des juges a également fourni des indications importantes aux employeurs-administrateurs confrontés à une situation semblable à celle d'Indalex. Plus particulièrement, les juges Deschamps et Cromwell mentionnent tous deux certaines solutions pouvant permettre aux employeurs-administrateurs de résoudre les conflits d'intérêts et ainsi éviter de manquer à leurs obligations fiduciaires. La juge Deschamps ajoute également que la solution retenue pour résoudre un conflit « doit être adaptée au problème, et une solution donnée ne vaudra pas nécessairement pour tous les cas ».

Bien que les juges aient conclu qu'Indalex ne s'était pas acquittée de toutes ses obligations fiduciaires, la majorité d'entre eux (deux juges étant dissidents) a conclu qu'une fiducie par interprétation ne constituait pas une réparation appropriée. Le juge Cromwell indique que quatre conditions doivent être satisfaites pour que le tribunal puisse imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation à la suite d'un manquement à une obligation fiduciaire. L'une de ces conditions exige que la possession de fonds ou d'actifs par la partie fautive résulte du manquement par celle-ci à ses obligations fiduciaires. Selon la majorité des juges, aucun élément de preuve n'appuie la prétention à l'effet que l'actif constituant le fonds de réserve résulte du manquement d'Indalex à ses obligations fiduciaires en tant qu'administrateur des régimes.

SOMMAIRE

La Cour suprême n'a pu rendre une décision unanime quant à toutes les questions soulevées dans l'affaire Indalex. Eu égard aux motifs invoqués dans leur décision, les juges sont divisés en trois groupes :

la juge Deschamps (avec l'accord du juge Moldaver)
le juge Cromwell (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et du juge Rothstein)

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

le juge Le Bel (avec l'accord de la juge Abella)

Pour ce qui est des questions soulevées, le jugement se divise comme suit :

la fiducie réputée créée par la LRR s'applique aux déficits de liquidation : 4 contre 3;
la charge DE a priorité sur la fiducie réputée créée par la LRR en raison de l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale : 7 contre 0;
Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en tant qu'administrateur des régimes : 7 contre 0;
une fiducie par interprétation n'était pas une réparation appropriée pour les manquements aux obligations fiduciaires : 5 contre 2.

LA PERSPECTIVE DU QUÉBEC

La loi sur les régimes de retraite du Québec diffère de la LRR.En effet, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite du Québec* (la « **Loi RCR** ») ne prévoit pas la création d'une fiducie réputée pouvant s'appliquer aux déficits de liquidation. La Loi RCR qualifie ces déficits de dettes.

De plus, au Québec, les régimes de retraite sont, en vertu de la Loi RCR, administrés par des comités de retraite, contrairement à ce qui s'appliquait en Ontario dans le cas d'Indalex, où cette dernière agissait en tant qu'administrateur des régimes. Lorsqu'un comité de retraite n'a délégué aucun de ses pouvoirs et obligations à l'employeur (la Loi RCR permet à un comité de retraite de déléguer la totalité ou une partie de ses pouvoirs et obligations à un tiers, y compris à l'employeur), il serait difficile de conclure à l'existence d'un manquement aux obligations fiduciaires de la part de l'employeur dans une situation semblable à celle en cause dans l'affaire *Indalex*.

Pour terminer, soulignons que l'affaire *Indalex* mettait en cause l'application de réparations « *en equity* », et plus particulièrement, la fiducie par interprétation. Cette réparation n'existe pas en vertu du droit civil de la province du Québec.

CONCLUSION

La conclusion de la Cour selon laquelle la charge des prêteurs DE avait priorité sur les créances des bénéficiaires des régimes de retraite fournit une réponse à une vive controverse en droit de l'insolvabilité. De plus, cette décision fournit aux sociétés procédant à leur restructuration d'importantes indications concernant la façon de bien gérer les conflits d'intérêts dans un tel contexte. Toutefois, ces conclusions de la Cour ne sont pas aisément transposables en droit québécois. Comme il est mentionné précédemment, le rôle de l'employeur à l'égard d'un régime de retraite privé au Québec diffère de celui d'un employeur-administrateur en Ontario, sans oublier que le cadre législatif applicable est différent au Québec.[18] Par conséquent, les conclusions de la Cour à cet égard pourraient s'avérer beaucoup moins pertinentes pour les sociétés procédant à leur restructuration au Québec.

La Cour a aussi clairement indiqué que les bénéficiaires de régimes de retraite en Ontario jouissent de la protection offerte par une fiducie réputée d'origine provinciale, même en ce qui a trait aux déficits de liquidation. Fait possiblement plus important encore, bien que la Cour suprême ait confirmé que la fiducie réputée en cause n'avait pas priorité sur la charge des prêteurs DE, la portée élargie de cette fiducie réputée, combinée au fait que celle-ci continue de s'appliquer pour autant que cela ne soit pas incompatible avec la loi fédérale, soulèvera certainement des inquiétudes auprès des prêteurs garantis qui pourraient ainsi voir cette fiducie réputée avoir priorité sur leur sûreté de premier rang, et ce, à l'égard des déficits de liquidation.

Quelle sera la réaction de prêteurs? Chercheront-ils à se mettre à l'abri des fiducies réputées d'origine provinciale en ayant recours à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, laquelle rend la plupart de ces fiducies réputées inopérantes? Cela pourrait avoir pour effet pervers d'amener les prêteurs à provoquer la faillite de leurs débiteurs plutôt que d'envisager un scénario de restructaration dans les cas où les déficits des régimes de retraite sont importants. Les prêteurs pourraient imposer des engagements supplémentaires dans leurs contrats de prêt afin de mieux se protéger contre de tels

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

déficits potentiels. L'incroyable souplesse et la capacité d'adaptation, qui sont le véritable apanage de la pratique en matière d'insolvabilité et de restructuration, pourraient avoir des côtés positifs, bien qu'il soit permis aux prêteurs garantis d'en douter.

---

[1] *Sun Indalex Finance, LLC* c. *Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6 [Indalex].

[2] 2010 ONCS 1114.

[3] 2011 ONCA 265.

[4] Indalex, note 1, par. 33 supra.

[5] Mémoire de l'appelante, *Sun Indalex Finance, LLC*, Dossier N° 34308, par. 101 [Mémoire].

[6] *Indalex*, note 1, par. 63 *supra*.

[7] *Mémoire*, note 5, par. 89 *supra*.

[8] *Indalex*, note 1, par. 34 *supra*.

[9] *Ibidem*, par. 43-44.

[10] *Ibidem*, par. 46.

[11] *Ibidem*, par. 52.

[12] *Ibidem*, par. 55.

[13] *Ibidem*, par. 60.

[14] *Ibidem*, par. 182.

[15] *Ibidem*, par. 65.

[16] *Ibidem*, par. 74.

[17] *Ibidem*, par. 73.

[18] *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2012 QCCS 1679.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.