

MISE EN GARDE

Le Barreau de Montréal organise de nombreuses activités et conférences à l'intention de ses membres.

Certains conférenciers acceptent gracieusement que le Barreau de Montréal publie leurs textes et présentation sur son site Internet au bénéfice de l'ensemble des avocats. Ces textes et documents reflètent l'état du droit au moment de leur présentation et ils ne font l'objet d'aucune mise à jour, sauf indication contraire.

Ils ne dispensent pas les avocats qui s'y réfèrent de la lecture de la législation en vigueur.

Le séquestre

Me Philippe H. Bélanger
McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Introduction

- ↪ Origine de l'institution du séquestre:
 - ↪ L'exercice de la compétence équitable des tribunaux anglais au 19^{ème} siècle et les jugements de la *Court of Chancery*;
 - ↪ Nomination du séquestre par fiat judiciaire:
 - ↪ Mesure équitable d'exécution d'un jugement portant condamnation à payer une somme monétaire, lorsque la *common law* ne prévoyait aucun remède applicable;
 - ↪ Mesure équitable de protection de l'intérêt des bénéficiaires dans une fiducie ou dans les profits générés par l'actif de la fiducie;

- ↪ Codification du régime de la mise sous séquestre, notamment aux termes des lois suivantes :
 - ↪ *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1980 c. 223 (Ont.);
 - ↪ *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990 c. P.10 (Ont.);
 - ↪ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (amendements entrés en vigueur en novembre 1992),

Introduction

- Méthode de nomination:
 - Judiciaire – par ordonnance du tribunal;
 - Privée – par convention entre les parties (uniquement dans les provinces de *common law*);
- Rôle du séquestre:
 - Contrôle par le créancier garanti sur les biens grevés;
 - Conservation des biens grevés;
 - Administration et gestion de l'entreprise du débiteur;
 - Réalisation des garanties;

Introduction – Plan de la présentation

1. Régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme;
2. Modifications apportées par la réforme globale de la LFI en 2009;
3. Ordonnance de séquestre standard développée par le Comité de liaison de la Chambre Commerciale

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme

a) Le séquestre dit « intérimaire »:

Art. 46, 47 et 47.1 LFI

▭ Régime de l'article 46 LFI:

▭ Conditions de nomination:

- ▭ Production d'une requête en faillite;
- ▭ La nomination doit être nécessaire à la protection de l'actif du débiteur;

Para. 47(1) LFI

▭ Pouvoirs:

- ▭ Le séquestre ne peut « contrecarrer indûment le débiteur dans la conduite de ses affaires »;
- ▭ Limitations aux mesures conservatoires;

Para. 47(2) LFI

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (*suite*)

a) Le séquestre dit « intérimaire » (*suite*):

Art. 46, 47 et 47.1 LFI

▮ Régime des articles 47 et 47.1 LFI:

▮ Conditions de nomination:

- ▮ Un préavis d'exercice au sens de l'article 244 LFI est sur le point d'être – ou a été – envoyé à la débitrice;

Para. 47(1) LFI

▮ Pouvoirs:

- ▮ Prendre possession de tout ou d'une partie des biens du débiteur;
- ▮ D'exercer sur ces biens et sur les affaires du débiteur le contrôle que le tribunal estime indiqué;
- ▮ De prendre toute autre mesure que le tribunal estime indiquée;

Paras. 47(2) et 47.1(2) LFI

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (*suite*)

- b) Interprétation très large par les tribunaux des dispositions législatives relatives aux pouvoirs du séquestre intérimaire:
- ▭ Discretion accordée par le législateur aux tribunaux pour enjoindre le séquestre intérimaire de « prendre » toute autre mesure que le tribunal estime indiquée;
Para. 47(2)(c) LFI et Para. 47.1(2)(d) LFI
 - ▭ Tribunaux exercent cette discrétion pour conférer un large éventail de pouvoirs aux séquestres intérimaires nommés en vertu des articles 47 et 47.1 LFI;

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (*suite*)

- b) Interprétation très large par les tribunaux des dispositions législatives sur les pouvoirs du séquestre intérimaire (*suite*):
- ▭ Affaire **Canada c. Curragh** (Ontario, 1994):
 - ▭ Décision de principe qui confirme la discrétion judiciaire d'accorder aux séquestres les pouvoirs nécessaires aux solutions des problèmes pratiques en contexte d'insolvabilité;
 - ▭ L'Honorable Juge Farley accorde au séquestre intérimaire les pouvoirs de superviser un processus de vente prévoyant notamment la détermination des réclamations des créanciers garantis;
 - ▭ Para. 22: « *It would appear to me that Parliament did not take away any inherent jurisdiction from the Court but in fact provided, with these general words, that the Court could enlist the services of an interim receiver to do not only what "justice dictates" but also what "practicality demands".* »

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (*suite*)

- b) Interprétation très large par les tribunaux des dispositions législatives sur les pouvoirs du séquestre intérimaire (*suite*):
- ↪ Ordonnance standard pour la nomination d'un séquestre intérimaire en Ontario reflète le large éventail de pouvoirs accordés aux séquestres intérimaires;
 - ↪ Toutefois, au milieu des années 2000, un certain courant jurisprudentiel tend à limiter les pouvoirs et les mesures de protection du séquestre, notamment quant à sa responsabilité:
 - ↪ Dans l'affaire ***TCT Logistics***, la Cour suprême du Canada prévoit que les tribunaux de faillite ne sont pas compétents pour limiter, par ordonnance de nomination, la responsabilité du séquestre à titre d'employeur successeur;

Syndicat des travailleurs de l'industrie du bois et leurs alliés, section 700 et Société de crédit commercial GMAC-Canada c. TCT Logistics inc. et al., [2006] 2 R.C.S. 123.

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (*suite*)

- b) Interprétation très large par les tribunaux des dispositions législatives sur les pouvoirs du séquestre intérimaire (*suite*):
- ↪ Un autre courant jurisprudentiel tend à encadrer et à limiter les pouvoirs et les mesures de protection du séquestre (*suite*):
 - ↪ Dans l'affaire **Big Sky**, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta émet des commentaires généraux sur la portée des ordonnances de nomination de séquestre, visant à encadrer, notamment:
 - ↪ La durée de nomination;
 - ↪ La suspension des procédures contre le séquestre;
 - ↪ Les clauses d'exonération protégeant le séquestre aux termes de l'ordonnance de nomination;

Big Sky Living Inc. (Re), (2002) 37 C.B.R. (4th) 42 (Alb. Q.B.)

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (*suite*)

- c) Absence de limitation temporelle quant à la nomination du séquestre:
- ▭ Avant la Réforme, les articles 47 et 47.1 LFI ne prévoyaient aucune limitation temporelle quant à la nomination du séquestre intérimaire;
 - ▭ Dans l'affaire **Big Sky**, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta suggère que la nomination d'un séquestre intérimaire pour une durée indéterminée irait à l'encontre de l'esprit de l'article 47 LFI;

Big Sky Living Inc. (Re), 2002 37 C.B.R. (4th) 42 (Alb. Q.B.)

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (*suite*)

d) Les régimes de séquestre découlant du droit provincial:

- ▭ Les *receivers-managers* des provinces de *common law*:
 - ▭ Aux termes des ***Personal Property Security Act***, la nomination d'un *receiver and manager* est un recours disponible aux créanciers garantis;
s. 63, *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P. 10
 - ▭ Pouvoir du *receiver and manager* de vendre les biens grevés dans tout délai et selon toute condition « commercialement raisonnable »;
s. 63, *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P. 10
 - ▭ Pouvoir implicite de vendre l'entreprise *as a going concern* et de contrôler les opérations de la débitrice dans l'intervalle;

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (*suite*)

d) Les régimes de séquestre découlant du droit provincial (*suite*):

▭ Les *receivers-managers* des provinces de *common law* (*suite*):

▭ Compétence des tribunaux d'équité de nommer un séquestre dans une vaste gamme de situations codifiées en vertu du ***Courts of Justice Act***.

▭ Pouvoir du tribunal de nommer un *receiver and manager* par ordonnance interlocutoire comme mesure conservatoire lorsque la Cour supérieure estime cette mesure « juste et convenable »;

s. 101, *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990 c C. 43

▭ Remède pouvant également bénéficier aux créanciers ordinaires;

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (*suite*)

- d) Les régimes de séquestre découlant du droit provincial (*suite*):
 - ▭ Les *receivers-managers* des provinces de *common law* (*suite*):
 - ▭ Compétence des tribunaux d'équité de nommer un séquestre comme mesure d'exécution des jugements condamnant de payer codifiée en vertu des ***Rules of Procedure***;

s. 60.02 (1)(d) *Rules of Civil Procedure*

1. Le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (*suite*)

d) Les régimes de séquestre découlant du droit provincial:

▭ Les équivalents en droit civil québécois:

- ▭ La prise de possession par le créancier hypothécaire du bien grevé pour fins d'administration;

Art. 2773 et suivants, C.c.Q.

▭ Le séquestre judiciaire;

- ▭ Nommé par le tribunal lorsqu'il estime que la conservation des droits des parties l'exige;

Art. 742 et suivants C.p.c.

2. Les modifications apportées par la réforme globale de 2009

a) Restrictions apportées au rôle du séquestre intérimaire:

- ▭ Nomination nécessairement temporaire (maximum de 30 jours);

Para. 47(1)(c) LFI

- ▭ Pouvoirs limités aux mesures de nature conservatoire:

Para. 47(2) LFI

- ▭ Pouvoir du séquestre intérimaire de vendre les biens de la débitrice limité aux biens périssables ou susceptible de perdre de la valeur rapidement;

Para. 47(2)(d) LFI

2. Les modifications apportées par la réforme globale de 2009 (*suite*)

- a) Restrictions apportées au rôle du séquestre intérimaire (*suite*):
- ▭ Ces restrictions font écho aux enseignements de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans l'affaire **Big Sky**, qui préconisait une limitation des pouvoirs du séquestre intérimaire;
 - ▭ Abrogation des dispositions de la LFI (art. 47(2)(c) et 47.1(2)(d)) qui permettaient aux tribunaux d'enjoindre aux séquestre intérimaire de prendre « toute autre mesure qu'il estime indiquée »;

2. Les modifications apportées par la réforme globale de 2009 (*suite*)

- b) Le « super séquestre » de l'article 243 LFI:
- ▭ Avant la réforme, les article 243 LFI *et seq.* régissait exclusivement le séquestre nommé par un tribunal autre qu'un tribunal de faillite en vertu du droit provincial ou nommé par convention privée;
 - ▭ Article 243 LFI, tel que modifié, prévoit que le tribunal de faillite peut nommer un séquestre afin de prendre possession de la totalité ou quasi-totalité des biens d'une personne insolvable, incluant notamment les stocks et les comptes à recevoir;
 - ▭ C'est désormais au séquestre de l'article 243 LFI que le tribunal peut accorder le pouvoir de prendre « toute autre mesure qu'il estime indiquée ».

Para. 243(1)(a) LFI

2. Les modifications apportées par la réforme globale de 2009 (*suite*)

b) Le « super séquestre » de l'article 243 LFI (*suite*):

▭ Conditions préalables à la nomination:

▭ Large discrétion judiciaire: le tribunal nomme le séquestre « s'il est convaincu que cela est juste et opportun ».

▭ Demande d'un créancier garanti à l'endroit d'un débiteur insolvable:

Para. 243(1) LFI

▭ Expiration du délai de 10 jours après l'envoi d'un préavis de mise à exécution des garanties en vertu de l'article 244 LFI, à moins d'un consentement de la personne insolvable ou à moins que le tribunal n'estime qu'il soit indiqué qu'un séquestre soit nommé plus tôt;

Para. 243(1.1) LFI

2. Les modifications apportées par la réforme globale de 2009 (*suite*)

b) Le « super séquestre » de l'article 243 LFI (*suite*):

▭ Intention du législateur:

- ▭ Prévoir un régime pancanadien de nomination de séquestre pour harmoniser les différences entre les régimes provinciaux lorsque le séquestre est nommé aux biens d'une personne insolvable;
- ▭ « (...) Chapter 47 created the ability to appoint a receiver under the Act. This differs from current practice, in which receivers are appointed under provincial law. The new BIA receiver will be entitled to act across the country, increasing efficiency by removing the need to have a receiver appointed in each jurisdiction in which the debtor's assets are located. »

Bill C-12, Briefing Book, Clause by Clause Analysis, s. 243 BIA, online at <http://www.ic.gc.ca>

2. Les modifications apportées par la réforme globale de 2009 (*suite*)

b) Le « super séquestre » de l'article 243 LFI (*suite*):

- ↪ Lieu de présentation de la requête:
 - ↪ Devant le tribunal de faillite dans le district judiciaire de la localité du débiteur;
 - ↪ Avant la réforme, la LFI ne prévoyait aucune restriction quant au lieu de présentation de la requête;
 - ↪ Aux termes de la réforme, le législateur a voulu empêcher les créanciers de profiter indûment de la présentation de la requête dans une localité n'ayant aucun lien avec le débiteur ou ses éléments d'actif;

Para. 243(5) LFI

Bill C-12, Briefing Book, Clause by Clause Analysis, s. 243 BIA, online at <http://www.ic.gc.ca>

2. Les modifications apportées par la réforme globale de 2009 (*suite*)

b) Le « super séquestre » de l'article 243 LFI (*suite*):

- ▭ Capacité de présenter une requête pour nomination de séquestre *ex parte*:
 - ▭ Abrogation de l'article 77 des *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité* qui prévoyait la présentation *ex parte* des requêtes visant la nomination des séquestres intérimaires;
 - ▭ Toutefois, la question de la possibilité de procéder exceptionnellement sur une base *ex parte* en vertu du paragraphe 6(4) des *Règles* reste ouverte;

2. Les modifications apportées par la réforme globale de 2009 (*suite*)

b) Le « super séquestre » de l'article 243 LFI (*suite*):

- ↯ Large discrétion judiciaire quant aux pouvoirs que le tribunal peut accorder au séquestre;
- ↯ Étendue des pouvoirs du séquestre:
 - ↯ Prendre possession de la totalité ou de la quasi totalité des biens de la débitrice insolvable;
 - ↯ Exercer sur ces biens le degré de contrôle que le tribunal estime indiqué;
 - ↯ Prendre toute autre mesure que le tribunal estime indiquée;

Paras. 243(1)(a), 243(1)(b) et 243(1)(c) LFI

2. Les modifications apportées par la réforme globale de 2009 (suite)

- c) L'utilisation croissante du séquestre de l'article 243 LFI pour fins de vente en continuité d'opérations (« *as a going concern* »)
- ▮ pratique répandue suivant laquelle le créancier garanti accepte de continuer de financer les activités de la personne insolvable à la condition qu'un séquestre soit nommé afin de disposer de l'entreprise (généralement sous-capitalisée ou en difficultés financières);
 - ▮ obligation du séquestre de s'adresser au tribunal afin de faire approuver la transaction de vente envisagée;

2. Les modifications apportées par la réforme globale de 2009 (*suite*)

d) obligations du séquestre:

- ↪ doit aviser les créanciers au plus tard dans les 10 jours de sa nomination (art. 245 LFI);
- ↪ doit faire rapport et fournir ses rapports au surintendant et à tout créancier qui en fait la demande (art. 246 LFI);
- ↪ doit agir en toute honnêteté, de bonne foi et selon des pratiques commerciales raisonnables (art. 247 LFI) à défaut de quoi le tribunal peut le contraindre à se conformer à ses obligations ou mettre un terme à la réalisation (art. 248 LFI).

3. Commentaires relatifs à certaines clauses de l'ordonnance standard développée par le Comité de liaison

[4] CONSIDÉRANT l'envoi par la Requérante à la Débitrice d'un préavis aux termes de l'article 244 de la *LFI*;

Commentaire : *Aux termes de l'article 243(1.1) LFI, le délai de 10 jours prévu au préavis de l'article 244 LFI doit, en principe, être expiré afin que le tribunal puisse procéder à la nomination du séquestre. Le tribunal a néanmoins l'autorité de nommer le séquestre avant l'expiration de ce délai si la personne insolvable y consent ou s'il est « indiqué » de ce faire.*

[9] DÉCLARE que l'ordonnance (l'« Ordonnance ») et ses effets survivront au dépôt par la Débitrice d'un avis d'intention de faire une proposition ou d'une proposition en vertu de la *LFI*, à l'émission d'une ordonnance initiale à l'endroit de la Débitrice rendue aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la « *LACC* ») ou à la faillite de la Débitrice, à moins qu'une ordonnance spécifique à l'effet contraire ne soit rendue par le Tribunal.

Commentaire : *Contrairement au mandat du séquestre intérimaire qui se termine avec la faillite de la personne insolvable (voir art. 47(1) b) et 47(1.1) b) LFI, le mandat du séquestre de l'article 243 LFI survit en principe à la faillite du débiteur.*

- (k) tous les pouvoirs nécessaires afin de procéder à la vente ou à la disposition des Biens dans le cours normal des affaires de la Débitrice, et pour transiger à cet égard, et pour signer tout document ou tout contrat requis ou utile à ces fins ou visant à donner effet à toute telle vente ou disposition;

Commentaire : *Il existe présentement une controverse jurisprudentielle quant à la nécessité de signifier au préalable les préavis d'exercice de recours hypothécaires du C.c.Q. afin d'être autorisé à procéder à la vente des biens.*

9113-7521 Québec Inc. (Syndic de), (2011 QCCS 3429).

Contra : Média5 corporation inc. (Séquestre de), 2011 QCCS 6874 (CanLII).

Ferme des Hautes Collines (Séquestre de) c. Banque Nationale du Canada, 2008 QCCS 1495 (CanLII).

Banque Nationale du Canada c. 9146-2614 Québec Inc., 2010 QCCS 4611 (CanLII).

[11] ORDONNE au Séquestre de demander au Tribunal la permission de vendre les Biens de la Débitrice hors du cours normal des affaires, en tout ou en partie, lorsqu'il aura trouvé un acquéreur à des conditions qu'il juge raisonnables, le cas échéant;

[Commentaire : Le Séquestre est tenu de s'adresser à nouveau au tribunal pour obtenir la permission de vendre. Le séquestre pourra alors requérir que soit rendue une « vesting order » autorisant la vente et purgeant les biens vendus des sûretés les grevant.]

NON INTERFÉRENCE AVEC LE SÉQUESTRE, LA DÉBITRICE ET LES BIENS

[18] ORDONNE que, sous réserve de toute autre ordonnance du Tribunal, laquelle ne pourra être rendue sans qu'un avis préalable ne soit dûment transmis au Séquestre et à la Requérante, aucune procédure, saisie, revendication ou autre mesure d'exécution, ne pourra être mise en œuvre ou exécutée contre les Biens; **[NOTE: Une preuve spécifique est souhaitable afin de convaincre le Tribunal de la nécessité de cette clause].**

[19] ORDONNE qu'aucune personne n'interrompe, ne modifie, résilie ou cesse d'exécuter ses obligations en vertu de tout droit, contrat, entente, licence ou permis conclu avec la Débitrice sans le consentement préalable du Séquestre, ou avec l'autorisation du Tribunal; **[NOTE: Une preuve spécifique est souhaitable afin de convaincre le Tribunal de la nécessité de cette clause].**

***Commentaire :** Ces clauses (tout comme la clause 20 qui suit), sont inspirées de clauses similaires contenues aux ordonnances de « Receivership » généralement rendues dans les provinces de Common Law, notamment en Ontario en vertu de l'article 101 du Courts of Justice Act (R.S.O. 1990, Chapter C.43). Elles entraînent un sursis de procédures contre la débitrice ainsi qu'une suspension du droit de résilier des contrats passés avec la Débitrice. Cette protection additionnelle de la Débitrice a pour but d'assurer l'efficacité et la bonne exécution du mandat du séquestre. Le tribunal insistera à ce qu'une preuve spécifique soit faite pour justifier de tels sursis.*

EMPLOYÉS

[21] PERMET au Séquestre de continuer à retenir les services des employés de la Débitrice jusqu'à ce que le Séquestre, agissant pour et au nom de la Débitrice, ou la Débitrice, résilie, congédie ou autrement mette fin à tout tel emploi de tels employés. Le Séquestre ne sera aucunement responsable pour toute telle réclamation d'employé, incluant à titre d'employeur ou employeur-successeur, tel que prescrit à l'article 14.06(1.2) de la *LFI*, autrement qu'en regard de tout montant que le Séquestre pourrait accepter, par écrit, de payer en regard des obligations prévues aux paragraphes 81.4(5) et 81.6(3) de la *LFI*;
[NOTE: Il sera essentiel d'analyser la nécessité de ce paragraphe à la lumière des pouvoirs conférés au Séquestre aux termes du paragraphe 10 de l'Ordonnance]

*Commentaire : Si les pouvoirs accordés au séquestre font en sorte qu'il se trouve à assumer les opérations de la Débitrice, le Séquestre pourra, au nom de la Débitrice, résilier des contrats d'emploi. Il bénéficiera alors de la protection découlant de l'article 14.06(1.2) LFI adopté dans le cadre de la réforme globale afin d'assurer la protection du séquestre suite à l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *T.C.T. Logistics Inc.*, [2006] 2 R.C.S. 123, 2006 CSC 35.*

LIMITATION DE RESPONSABILITÉ

[23] DÉCLARE que, sous réserve des pouvoirs conférés au Séquestre aux termes du paragraphe 10 de l'Ordonnance, rien aux présentes n'impose une obligation au Séquestre de prendre la possession, le contrôle, ou d'autrement assumer la gestion de l'un quelconque des Biens. Le Séquestre ne sera point, par l'émission de la présente Ordonnance, présumé être en possession de l'un ou l'autre des Biens, tels que prévu à toute loi environnementale, le tout selon les termes de la *LFI*;

Commentaire : *Cette clause fait en sorte que l'ordonnance de nomination n'entraîne pas une présomption de prise de possession par le Séquestre. Si toutefois le Séquestre est, dans les faits, en possession des biens de la Débitrice, il devra en assumer les conséquences, notamment au niveau environnemental en vertu de la Loi sur la qualité de l'environnement.*

[25] DÉCLARE que l'article 215 *LFI* s'applique *mutatis mutandis*, et donc, aucune action ni autre procédure ne peut être intentée contre le Séquestre en raison de sa nomination ou de l'exécution des pouvoirs qui lui sont conférés par le Tribunal, sauf avec l'autorisation préalable du Tribunal. Les entités liées au Séquestre ou appartenant au même groupe bénéficient de la protection découlant du présent paragraphe;

Commentaire : *Cette clause entraîne l'application, mutatis mutandis, de l'article 215 LFI qui impose l'obtention d'une autorisation judiciaire afin de poursuivre un syndic de faillite. L'on vise ainsi à mettre le séquestre à l'abri de poursuites frivoles afin de lui permettre d'exécuter les fonctions qui sont confiées.*

HONORAIRES

[26] DÉCLARE qu'en garantie des frais et débours professionnels engagés, tant avant qu'après la date de l'Ordonnance, à l'égard de la présente instance, une charge et une sûreté à l'égard des Biens sont constituées en faveur du Séquestre, du procureur du Séquestre et des autres conseillers du Séquestre, et ce, jusqu'à concurrence d'un montant total de ● \$ (la « **Charge d'Administration** »);

***Commentaire :** Comme dans le passé, le tribunal exigera que les créanciers garantis affectés par l'octroi d'une telle charge prioritaire soient avisés au préalable de la demande formulée à cet égard.*