

L'incapacité de saisir sa chance:

**Étude empirique des faillites et propositions
commerciales sous le régime de la *Loi canadienne sur la
faillite et l'insolvabilité***

D^{re} Janis Sarra
Professeure de droit
Faculté de droit, Université de Colombie-Britannique
Vancouver, Canada
sarra@law.ubc.ca

22 avril 2009

RÉSUMÉ

Cette étude constitue une analyse empirique et qualitative des faillites et des propositions commerciales de 2005 à 2008, et passe en revue plus de 6 000 dossiers. L'objectif de la recherche était de développer une meilleure compréhension du genre d'entreprise qui fait faillite, des causes de son échec, et des mécanismes offerts par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pour régler ce problème. L'une de nos hypothèses de travail était que les causes d'un échec en affaires sont nombreuses, certaines d'entre elles étant attribuables au manque d'expérience ou de compétence des dirigeants, alors que d'autres tiennent plutôt au climat économique qui échappe entièrement au contrôle des administrateurs et des dirigeants. Une autre de nos hypothèses était que la nature de l'endettement est sans doute en train de changer, ce qui confronterait les entreprises à de nouveaux défis dans leurs relations de crédit. Une meilleure compréhension des causes de l'insolvabilité commerciale et des solutions possibles pourrait alors permettre d'améliorer le régime de l'insolvabilité.

Les politiques d'intérêt public devraient en général stimuler l'innovation et l'entrepreneuriat. Dès lors, nos politiques en matière d'insolvabilité commerciale devraient chercher à favoriser le recours aux propositions et à encourager la restructuration dans les cas où les entreprises éprouvent des difficultés financières tout en étant viables par ailleurs. C'est la possibilité de recourir en temps utile à un régime de l'insolvabilité à des coûts raisonnables qui incite les entrepreneurs à se lancer en affaires, à prendre des risques calculés pour développer leur entreprise, et à générer de l'activité économique.

Pour ce qui est des causes de la faillite, les données recueillies suggèrent que, dans le cas des entreprises constituées en société, les faiblesses de gestion, l'insuffisance du chiffre d'affaires, l'endettement excessif et le ralentissement économique sont les quatre facteurs les plus importants. Cependant, les entreprises de taille plus importante qui déclarent faillite sont davantage susceptibles de disposer de mécanismes de gouvernance. Dans le cas des entreprises à propriétaire unique, la mauvaise gestion de l'entreprise et de sa trésorerie est une cause importante de difficultés financières, les trois quarts des syndicats de faillite y attribuant une part importante dans l'insolvabilité de l'entreprise. Parmi les autres facteurs importants, on relève le surendettement, la sous-capitalisation, la mauvaise conjoncture économique et le défaut de payer taxes et impôts. Dans le cas des sociétés de personnes, les facteurs sont dans une certaine mesure les mêmes que ceux qu'on observe dans les entreprises à propriétaire unique, ce qui tendrait à démontrer que les défis qu'elles ont à surmonter sont sensiblement les mêmes. La sous-capitalisation et le surendettement reviennent comme des causes fréquentes. On relève de nombreux cas où les débiteurs commerciaux indiquent plus d'une cause pour leur insolvabilité. Il est impossible de mesurer les effets de la synergie entre tous ces facteurs, mais il faut la garder à l'esprit lorsqu'on recherche la principale cause de l'insolvabilité.

Les données les plus récentes de 2007 et 2008 indiquent que le repli économique observé à l'échelle de la planète est rapidement en train de devenir une des principales causes de l'insolvabilité commerciale, et que de nombreuses entreprises qui pourraient être viables en d'autres circonstances éprouvent de la difficulté à obtenir du financement intérimaire. Les difficultés financières observées dans les grandes entreprises du secteur manufacturier, notamment dans l'industrie de l'automobile, sont en train de se répercuter en cascade chez les équipementiers et autres entreprises connexes.

L'étude démontre que l'une des principales causes de l'insolvabilité commerciale dans tous les types d'entreprises, qu'elles soient constituées en société, à propriétaire unique ou qu'il s'agisse d'une société de personnes, est la mauvaise gestion. Sept cent deux dossiers sur un échantillon de 5 515 où l'information était complète font état de la mauvaise gestion comme l'une des principales causes de l'insolvabilité. Les données détaillées suggèrent que ce n'est pas seulement la mauvaise gestion des finances qui est en cause, mais le manque de réalisme du plan d'affaires, la mauvaise planification des difficultés prévisibles, et, dans bien des cas, le mélange des dettes personnelles et des dettes d'affaires qui peut finir par mettre en péril aussi bien d'autres membres de sa famille que l'entrepreneur lui-même.

Le BSF pourrait offrir des lignes directrices pour aider les petites entreprises à revoir leur plan d'affaires avant qu'elles ne deviennent insolvable, ou offrir des subventions aux PME pour leur permettre de se procurer l'expertise financière nécessaire. Les données disponibles nous permettent très clairement de recommander que les petites entreprises aient accès à des programmes de formation et de développement des compétences en gestion. L'étude se penche sur un certain nombre de stratégies pour régler ce problème. Les données disponibles suggèrent également que les créanciers pourraient être plus vigilants, de façon à ce que le risque de l'insolvabilité ne s'aggrave pas au fur et à mesure des difficultés financières que rencontrent leurs débiteurs.

La seconde cause en importance de l'insolvabilité est la sous-capitalisation des entreprises. Dans le cas des entreprises à propriétaire unique, les données de l'étude démontrent clairement que si elles ont pu démarrer grâce aux compétences bien particulières de leur promoteur, elles ne disposent pas d'un capital suffisant. Pour leur part, les sociétés de personnes et les compagnies ne semblent pas avoir de problèmes de capitalisation au départ, mais la question semble se poser lorsque l'entreprise décide de prendre de l'expansion ou d'adopter une nouvelle orientation sans s'assurer d'une nouvelle injection de capital. Lorsqu'une société de personnes est dissoute et qu'un de ses associés souhaite poursuivre les activités, il arrive souvent que le rachat de la part de l'associé ou des associés qui quittent ait une incidence négative sur la capitalisation de l'entreprise. Même les entreprises suffisamment capitalisées ne s'assurent pas de la possibilité d'avoir accès à du financement intérimaire en cas d'un ralentissement économique aussi marqué et aussi prolongé que celui de 2009.

Le dépassement de crédit ou surendettement joue également un rôle important dans les cas d'insolvabilité commerciale, s'agissant à la fois du recours à l'effet levier des prêts bancaires, des prêts d'exploitation et des prêts d'investissement, ou aux cartes de crédit. Un aussi grand échantillon a permis de relever que 24 % des débiteurs commerciaux considéraient le dépassement de crédit comme un facteur contributif important de leurs difficultés financières. L'endettement par carte de crédit joue un rôle particulièrement important dans la faillite des petites entreprises, le montant moyen s'élevant à 19 795 \$, et le montant médian à 7 000 \$. Les données indiquent que les entreprises accumulent une importante dette de cartes de crédit dans la période qui précède le dépôt d'une procédure en insolvabilité, souvent pour couvrir les dépenses lorsque les revenus sont en baisse et que les comptes à recevoir impayés sont en hausse. Les prêts de particuliers, souvent la famille et les amis, comptent pour une part importante de l'endettement des entreprises, surtout celles qui ont un propriétaire unique. Il en va de même pour les taxes et impôts dus, dont le montant moyen s'élève à 41 477 \$. Cependant, le montant médian n'est que de 3 520 \$ dans ce cas, ce qui laisse

entendre que le nombre de débiteurs commerciaux ayant une dette fiscale élevée n'est pas très important.

Même si la plus grande partie de la période étudiée est antérieure à la crise économique actuelle, 10 % des débiteurs commerciaux identifient un repli de l'économie dans leur secteur d'activité comme une des causes de leur insolvabilité. Ce chiffre est en progression rapide en 2009. Les entreprises font face à deux défis. Les ajustements temporaires du marché les forcent à se doter d'une stratégie de survie, et notamment à pouvoir compter sur du financement temporaire. Les pertes ayant un caractère plus permanent les forcent à évaluer si elles sont en mesure de recentrer leurs activités pour répondre à une nouvelle demande en utilisant l'endettement comme moyen d'y parvenir, ou si elles seraient mieux de mettre fin à leurs activités. En période de crise ou de repli économique généralisé, le crédit est plus difficile et plus coûteux, au moment même où les entreprises en ont le plus besoin pour les aider à surmonter ce passage difficile. Les cas d'insolvabilité commerciale risquent de se multiplier au fur et à mesure que les effets de la contraction du crédit commenceront à se faire sentir dans l'économie. La marque de ces effets est particulièrement évidente dans les dossiers d'insolvabilité ouverts dans le dernier trimestre de 2008, au moment où l'on commence à mentionner de plus en plus le repli de l'activité économique comme cause de l'insolvabilité.

Bien que les termes des transactions de compromis ou des arrangements en vertu de propositions sous le régime de la *LFI* soient indiqués dans l'étude, peu de renseignements nous permettent de conclure à l'existence d'une relation entre ces termes et la cause de l'insolvabilité du débiteur. Cette absence de transparence et de relation a deux conséquences. Premièrement, il n'est pas clair que les créanciers aient une bonne indication de la façon dont la transaction qu'ils ont conclue va s'attaquer aux causes sous-jacentes de l'insolvabilité. Si tant est qu'ils doivent déterminer la mesure du compromis qu'ils sont disposé à faire, que ce soit à titre d'employés, de prêteurs pour un crédit d'exploitation, ou de fournisseurs, les créanciers doivent être mieux renseignés sur la meilleure solution : la liquidation pure et simple de l'entreprise pour en maximiser la valeur, ou la poursuite des activités selon les termes du compromis ou de l'arrangement proposé. L'étude indique que la cause principale de faillite est le refus des créanciers d'accepter la proposition qui survient dans 31 % des cas.

L'étude identifie également un certain nombre de failles dans les données recueillies par le BSF que l'on retrouve tout au long de celle-ci. L'amélioration de la cueillette des données devrait permettre l'établissement de liens entre les causes des difficultés financières et les stratégies pour y remédier. Par exemple, pour ce qui est des causes de l'insolvabilité, les données pourraient être recueillies sous forme de liste électronique déroulante permettant de fournir plus de détails, et notamment la façon dont la proposition permet de s'attaquer aux causes particulières de celle-ci. Une meilleure identification des causes de l'insolvabilité pourrait permettre aux créanciers, aux registraires et aux tribunaux de mieux évaluer la proposition. Les créanciers seraient davantage engagés dans la stratégie de redressement s'ils étaient en mesure d'évaluer à leur juste mesure les causes des difficultés financières, et faire en sorte que la proposition offre de meilleures perspectives qu'une banale récupération de leur créance modestement supérieure à celle qu'ils obtiendraient dans le cadre d'une faillite. Il est nécessaire de relier plus étroitement les propositions commerciales à la cause des difficultés financières, qu'il s'agisse de la gouvernance de l'entreprise, des conditions du marché ou de tout autre facteur, à la fois pour améliorer le degré de confiance des créanciers dans la stratégie mise de l'avant, et pour s'assurer que la proposition vise le plus grand nombre de facteurs possible.

La création et l'exploitation d'une entreprise, qu'elle soit à propriétaire unique, une société de personnes ou une compagnie, est une tentative de «saisir la chance au vol » en termes de ressources mises à contribution, de compétences de gestion, de sens des affaires, de planification cohérente, de capacité à lever les fonds nécessaires, de conditions de marché favorables, et de climat économique général. L'étude offre plusieurs voies de solutions qui répondent aux causes d'insolvabilité identifiées. Celles-ci sont évaluées en fonction de leur efficacité potentielle, de leur caractère pratique, et de leur conformité aux règles juridiques et sociales en matière d'insolvabilité. Enfin, l'étude examine brièvement les effets des modifications à la législation en matière d'insolvabilité sur le redressement des entreprises. On y souligne le besoin d'améliorer la divulgation aux créanciers et la capacité des débiteurs à mieux détecter les risques systémiques les plus importants, de façon à ce que de meilleures décisions soient prises dès les premiers stades, et à améliorer la résolution des cas d'insolvabilité.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
Résumé	2
Remerciements	7
Liste des tableaux et graphiques	8
I. INTRODUCTION	10
II. PORTÉE ET BUTS DE L'ÉTUDE	14
1. Méthodologie de recherche	15
2. Limites des données	17
III. CADRE LÉGISLATIF	19
1. Faillite	20
i. Réformes recommandées	23
2. Propositions	26
i. Proposition de Section I	27
ii. Proposition de Section II	28
iii. Réformes recommandées	30
IV. INSOLVABILITÉ COMMERCIALE AU CANADA	36
1. Survol	36
2. Variations régionales	38
3. Insolvabilité commerciale par grand secteur économique	43
V. CAUSES DE L'INSOLVABILITÉ COMMERCIALE	51
1. Sommaire des résultats d'une cohorte de 5 515 dossiers	51
2. Résumé de 85 dossiers papier	54
3. Sondage auprès des syndicats sur les causes de l'insolvabilité	55
VI. SOURCES DE L'ENDETTEMENT	60
1. Endettement dans les dépôts commerciaux	60
2. Observations des syndicats	64
3. Types de biens	66
4. Biens et dettes par type d'entreprise et de procédure	67
i. Propositions commerciales de Section II, Biens et dettes	69

VII.	SUCCÈS ET ÉCHEC DES PROPOSITIONS COMMERCIALES	73
	1. Points de vue des syndicats sur les facteurs qui contribuent au succès ou à l'échec d'une proposition	76
	2. Taux de recouvrement dans le cadre de propositions	77
VIII.	FACTEURS ADDITIONNELS SUSCEPTIBLES D'INFLUENCER LE CHOIX DE LA PROCÉDURE	82
	1. Mise sous séquestre avant une faillite	82
	2. Cession volontaire / requête en faillite	86
	3. Dispositions législatives particulières	87
	4. Sélection d'une proposition sous la <i>LFI</i> au lieu d'une procédure sous la <i>LACC</i>	89
	5. Financement de débiteur-exploitant dans une proposition sous la <i>LFI</i>	90
	6. Obligation découlant du régime de retraite et fonds de garantie	90
	7. Délimitation actuelle entre insolvabilité personnelle et commerciale sous la <i>LFI</i>	95
	8. Ressources disponibles pour les petites entreprises	96
IX.	RECHERCHE ÉVENTUELLE ET POINTS DE VUE DES SYNDICS	97
X.	OBSERVATIONS INITIALES ET CONCLUSIONS	98
	1. Gouvernance de l'entreprise	100
	i. Formation en gestion	101
	ii. Divulgence détaillée et cueillette des données	104
	iii. Contrôle par accès au financement de débiteur-exploitant	104
	2. Capitalisation de l'entreprise	105
	3. Dépassement de crédit ou surendettement	105
	4. Repli économique	107
	5. Changements dans la relation de crédit	108
	6. Ratio d'endettement	109
	7. Relation entre les causes de l'insolvabilité et le résultat recherché dans une proposition commerciale	110
	8. Sens des modifications proposées aux dispositions sur les propositions	113
	9. Conclusion	114

Remerciements

Je tiens à remercier très sincèrement la Fondation canadienne de l'insolvabilité qui a offert son appui financier à cette recherche dans le cadre de la Bourse de recherche Lloyd Houlden. Remerciements tout particuliers à Norm Kondo et à Sandra Rotermund pour leur soutien et leur bonne humeur incessants.

Je dois également des remerciements au registraire Scott Nettie, à la juge Barbara Romaine, au registraire Michael Bray, C.R., à Vern DaRe, Ann Poirier, Alan Spergel et Ronald B. Davis pour avoir gracieusement accepté de lire le premier jet de ce rapport et de m'offrir leurs précieux commentaires.

Je m'en voudrais de ne pas souligner le travail de Bernard Lau, étudiant de deuxième année à la faculté de droit de la UBC, sur les données globales, et aussi de Sophia Xu, Joanna Jeon et Matthew Ford, tous étudiants en droit à la UBC, de même que de Danielle Sarra, pour leur assistance sur l'un ou l'autre aspect de cette recherche.

J'ai également eu le bonheur de pouvoir compter sur l'aide empressée du personnel du BSF pour avoir accès à leur banque de données, notamment Janice Jeffs et Stephanie Cavanagh, et plus particulièrement Alex Montgomery des Services axés sur le marché et les petites entreprises du BSF. Je remercie également le personnel des bureaux régionaux de Halifax, Toronto, Calgary et Vancouver pour m'avoir généreusement offert l'accès à leurs dossiers, spécialement Francyne Hunter du bureau de Halifax, Brendan Nayer et Bill Millar du bureau de Vancouver, Diane Tung et Diane Valic du bureau de Toronto, Maurice Roy du bureau de Montréal, et la syndic Colleen Craig pour avoir pris le temps de parcourir avec moi les premiers dossiers à Halifax et attirer mon attention sur certaines informations en particulier.

Je suis également très reconnaissante envers les syndics qui m'ont gracieusement procuré de l'information dans le cadre du sondage mené auprès d'eux. Cette information a joué un rôle important dans ma recherche. Je tiens à souligner tout particulièrement la collaboration de Jeffrey Adiken, MSI Spergel Inc., North York, Ontario; Noel Andrews, Noel R. Andrews & Assoc. Inc., St. John's, Terre-Neuve; Michael Baigel, A. Farber & Partners Ltd., Toronto, Ontario; Stephen Boale, Boale, Wood & Company Ltd., Vancouver, Colombie-Britannique; Nathalie Brault, Groupe Pigeon Brault syndics inc., Laval, Québec; David Bromwich, Bromwich & Smith Inc., Calgary, Alberta; Karl Bueckert, Pinder Bueckert & Associates, Saskatoon, Saskatchewan; Bruce Caplan, BDO Dunwoody Ltd., Winnipeg, Manitoba; Kelly Chow, E. Sands & Associates Inc., Abbotsford, Colombie-Britannique; Mark Chow, BDO Dunwoody Ltd. Toronto, Ontario; Donna Collins, Keith G. Collins Ltd., Winnipeg, Manitoba; Darren Crocker, Browning Crocker Inc., Edmonton, Alberta; Rick Cullen, Janes & Noseworthy Ltd., St. John's, Terre-Neuve; Brian Fiset, Groupe Thibault Van Houtte & Associés Ltée., Québec, Québec; Craig Fryzuk, Browning Crocker Inc., Edmonton, Alberta; Darryl Haley, Haley & Associates Inc., Bridgewater, Nouvelle-Écosse; Jay Harris, Harris & Partners Inc., Markham, Ontario; Marc Kelly, Hardie & Kelly Inc., Calgary, Alberta; Naida Kornuta, Meyers Norris Penny Ltd., Saskatoon, Saskatchewan; Don Manning, D. Manning & Associates Inc., Vancouver, Colombie-Britannique; Gordon McMorran, Wolrige Mahon Ltd., Vancouver, Colombie-Britannique; David McNeill, Hayes McNeill & Partners Ltd, Duncan, Colombie-Britannique; Ann Poirier, A.C. Poirier & Associates, Saint-Jean, Nouveau-Brunswick; Robert Powell, A.C. Poirier & Associates Ltd., Saint-Jean, Nouveau-Brunswick; Mark Rosen, BDO Dunwoody Goodman Rosen Inc., Halifax, Nouvelle-Écosse; Colin Topley, Meyers Norris Penny Ltd., North Vancouver, Colombie-Britannique; Robyn White, Perry Krieger & Associates, Richmond Hill, Ontario. Un certain nombre de syndics ont tenu à garder l'anonymat, ce qui ne m'empêche pas de les remercier de tout coeur pour leur aide dans le sondage.

TABLEAUX ET GRAPHIQUES

	Page
Graphique 1, Insolvabilité commerciale, Canada 1987-2005	37
Tableau 1, Insolvabilité, Canada 2006-2007	38
Tableau 2, Insolvabilité commerciale par régions, 2008	39
Tableau 3, Nombre total des établissements commerciaux au Canada, 2008	41
Graphique 2, Nombre de cas d'insolvabilité commerciale par mille entreprises, Canada et régions, 2006 et 2007	42
Graphique 3, Nombre de cas d'insolvabilité commerciale par mille entreprises, Canada et grandes régions, 1998-2006	43
Tableau 4, Insolvabilité par grand secteur économique, Canada, 2006-2007	44
Graphique 4, Nombre de cas d'insolvabilité commerciale par mille entreprises et par grand secteur économique	46
Graphique 5, Insolvabilité commerciale par mille entreprises et grand secteur d'activité, 1998 à 2006	47
Tableau 5, Canada, Faillites commerciales par type d'industrie	47
Tableau 6, Total de propositions commerciales déposées, 2007	50
Graphique 6, Causes de l'insolvabilité des entreprises qui se prévalent de la LFI dans 5 515 dossiers, 2006-2008	52
Graphique 7, Causes secondaires de l'insolvabilité d'une entreprise déclarant l'échec comme cause principale, 702 dossiers	53
Graphique 8, Principales causes de l'insolvabilité, Analyse de 85 dossiers papier	54
Graphique 9, Principales causes d'insolvabilité dans les entreprises à propriétaire unique. Sondage auprès de 50 syndicats	57
Graphique 10, Principales causes d'insolvabilité dans les sociétés de personnes. Sondage auprès de 37 syndicats	58
Graphique 11, Principales causes d'insolvabilité dans les grandes entreprises. Sondage auprès de 50 syndicats	59
Tableau 7, Sources de l'endettement, 5 515 dossiers, 2006-2008	61
Graphique 12, Type d'endettement par valeur médiane	63

Graphique 13, « Autres » dettes, en nombre et en valeur	64
Tableau 8, Biens des débiteurs commerciaux, 5 515 dossiers, 2006-2008	66
Graphique 14, Valeur médiane par type de biens	67
Graphique 15, Médiane des biens et dettes, Faillites commerciales	68
Graphique 16, Médiane des biens et dettes, Propositions commerciales	69
Graphique 17, Causes d'insolvabilité des débiteurs dans une proposition commerciale de Section II	70
Tableau 9, Sources de l'endettement dans les propositions commerciales de Section II, 1 063 dossiers	71
Tableau 10, Biens des débiteurs dans une proposition commerciale de Section II, 1 063 dossiers	72
Tableau 11, Nombre de propositions échouées par année du dépôt, 2008	73
Tableau 12, Nombre d'échecs par type de procédure, 2008	74
Tableau 13, Recouvrement des créanciers par type de procédure, 1 ^{er} janvier 2007 au 1 ^{er} avril 2009	78
Graphique 18, Recouvrement des créanciers par type de procédure	78
Graphique 19, Recouvrement des créanciers dans une proposition de Section I, en percentile	79
Graphique 20, Recouvrement des créanciers dans une proposition de Section II, en percentile	80
Graphique 21, Recouvrement des créanciers dans une faillite sous administration ordinaire, en percentile	80
Graphique 22, Recouvrement des créanciers dans une faillite sous administration sommaire, en percentile	81
Graphique 23, Recouvrement des créanciers, tous cas confondus	82
Tableau 14, Nombre de mises sous séquestre, 2008	83
Tableau 15, Nombre de mises sous séquestre par type d'industrie (SCIAN), Canada, 2007	84
Tableau 16, Réclamations de pension payées à même le Fonds de garantie des prestations de retraite, de 1983 à septembre 2007, par type de procédure d'insolvabilité	85
Graphique 24, Réclamations FGPR payées par secteur de 1983 à 2007 dans les cas de procédures sous le régime de la LFI impliquant le promoteur d'un régime de retraite	93

L'incapacité à saisir sa chance :
Étude empirique des faillites et propositions commerciales sous le régime de
la *Loi canadienne sur la faillite et l'insolvabilité*

D^{re} Janis Sarra

*Depuis quelques mois, je cherche à maintenir [le débiteur] en
affaires et à l'aider à préparer un plan équitable et réaliste ...*

M. le juge Lloyd Houlden
Division générale,
Cour de justice de l'Ontario
22 avril 1992¹

I. INTRODUCTION

Le régime canadien de l'insolvabilité tente de régler la question des difficultés financières éprouvées par les entreprises en leur permettant de se réhabiliter par le truchement de ses dispositions sur les propositions qui leur offrent un mécanisme pour restructurer leurs dettes et d'autres moyens pour parvenir à des arrangements, et par celles sur la faillite qui leur offrent en temps utile un mécanisme équitable et efficient pour liquider les entreprises qui ne sont pas financièrement viables, et redistribuer le produit de leurs avoirs aux créanciers.

Pour les entreprises, l'échec est une réalité à laquelle elles sont confrontées depuis la nuit des temps, à la fois pour des motifs qui leur sont propres que pour des motifs qui leur échappent. Dans certains cas, le recours contre-indiqué à l'endettement, une gestion relâchée ou des malversations, peuvent conduire à l'insolvabilité, et il existe de bons motifs de mettre fin à l'entreprise et de déplacer le capital ailleurs. C'est ce qui a amené certains universitaires à qualifier l'insolvabilité de force créative du capitalisme, dans la mesure où elle permet la liquidation des entreprises non performantes et l'affectation de leur capital à des fins plus nobles et productives². Mais dans d'autres cas, l'insolvabilité est attribuable à des facteurs qui échappent à tout contrôle de la part du débiteur. Ce peut-être le fait d'une modification temporaire des conditions du marché, ou d'ajustement plus permanents qui, totalement imprévisibles, n'ont fait l'objet d'aucune planification. Lorsqu'un ralentissement économique quelconque a une incidence négative sur une entreprise par ailleurs viable, il est raisonnable de développer des stratégies pour lui permettre de traverser la mauvaise période, et maintenir ce faisant une activité économique à plus long terme. Mais lorsqu'on se retrouve devant un choc économique susceptible d'avoir des effets à moyen et long terme comme ce fut le cas en 2009, le meilleur plan d'affaires qui soit peut ne pas suffire à rescaper une entreprise alors même que de nombreuses économies

¹ 33 A.C.W.S. (3d) 69, Action No. B378/91, Division générale, Cour de justice de l'Ontario.

² Thomas Jackson, « Translating Assets and Liabilities in the Bankruptcy Forum », des éditions J.S. Bhandari et L.A. Weiss, *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives* (Cambridge, Cambridge University Press, 1994).

en subissent les effets. Dans de tels cas, il existe d'excellentes raisons d'intérêt public de mettre à la disposition des entreprises un mécanisme leur permettant de traverser la crise financière ou de liquider leurs affaires en causant le minimum de dommages à leurs créanciers, employés, et toute autre personne susceptible d'avoir un intérêt économique dans celles-ci.

Mais d'autres cas relèvent davantage de l'erreur de gestion, dans la mesure où la direction est bien intentionnée, mais inefficace, et n'a ni les compétences requises ni un plan d'affaires viable. Il faut alors se demander si l'entreprise devrait être liquidée, ou s'il existe des solutions qui permettraient de régler les faiblesses de l'entreprise tout en lui permettant de redevenir viable.

En mythologie, l'Occasion (la chance) est une divinité personnifiée par une femme « chauve par derrière avec une longue tresse de cheveux par-devant, un pied en l'air, et l'autre sur une roue, tenant un rasoir d'une main et de l'autre une voile tendue au vent »³. Par extension, cette expression en est venue à décrire un objectif dont l'image même suggère qu'il est difficile à atteindre. On peut argumenter que la création et l'exploitation d'une entreprise, qu'elle soit à propriétaire unique, ou qu'il s'agisse d'une société de personnes ou d'une société commerciale est une tentative de « saisir la chance au vol », que ce soit sur le plan du déploiement des ressources, de la mobilisation des compétences, du sens des affaires, de la mise au point d'un plan d'affaires cohérent, de l'existence de conditions de marché favorables, de la capacité de lever le capital nécessaire, et du climat économique général.

Au Canada, plus de 7 000 entreprises connaissent l'échec chaque année, et sont soit forcées de se restructurer ou de liquider leurs biens sous le régime de *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)*.⁴ Pourtant, il existe peu de recherches à l'échelle nationale sur les causes de l'échec commercial et sur les défis particuliers auxquels sont confrontées les PME. La présente étude procède à un examen empirique de l'insolvabilité commerciale sous le régime de la LFI en vue d'identifier les causes des difficultés financières, la nature, le type et le *quantum* de l'endettement, et les différences dans le traitement de l'insolvabilité selon qu'il s'agit d'une entreprise à propriétaire unique, une société de personnes, ou une société commerciale. Elle s'interroge aussi sur la question de savoir si la *LFI*, dans sa version actuelle, offre le cadre idéal pour régler les difficultés financières, et notamment si les dispositions de la *LFI* sur les propositions encouragent vraiment la réhabilitation des entreprises.

Au Canada, en 2008, le nombre de nouveaux dossiers de faillite ouverts par le Bureau du surintendant des faillites (BSF) a connu une hausse de 13,2 % sur l'année précédente, pour atteindre les 123 234 cas.⁵ Sur ce nombre, 7 445 d'entre eux étaient des cas d'insolvabilité commerciale, soit une diminution de 2,2 % par rapport à 2007. En 2007, les 7 612 cas d'insolvabilité commerciale comprenaient

³ *Dictionnaire Littré*.

⁴ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R. (1985), ch. B-3, avec ses modifications (*LFI*). Les entreprises peuvent être liquidées autrement que sous le régime de la *LFI*. Et notamment sous séquestre privé. Cette étude ne porte que sur les procédures entreprises sous le régime de la *LFI*.

⁵ Bureau du surintendant des faillites (BSF), *Statistiques sur l'insolvabilité au Canada – Septembre 2008*, à la p. 2. BSF, *Rapport annuel 2007*, [http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/annual-report2007.pdf/\\$FILE/annual-report2007.pdf](http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/annual-report2007.pdf/$FILE/annual-report2007.pdf).

5 125 cas d'entreprises à propriétaire unique, et 2 499 cas de sociétés commerciales et de sociétés de personnes⁶.

Sur le total des cas d'insolvabilité en 2008, on compte 6 164 cas de faillite. Les faillites commerciales englobent les faillites de sociétés commerciales et de personnes non constituées en société. Ces dernières sont des personnes dont au moins 50 % de l'endettement est attribuable à l'exploitation d'une entreprise⁷. Pour ce qui est du reste des cas d'insolvabilité commerciale en 2008, 1 281 d'entre eux ont fait l'objet de propositions, soit une baisse par rapport au chiffre de 1 319 l'année précédente⁸.

Ainsi donc, un nombre important d'entreprises canadiennes ne parviennent pas à chaque année à « saisir la chance aux cheveux », et sont contraintes soit de se restructurer, soit de liquider leurs affaires. Malgré la proportion importante de propositions et de faillites commerciales à chaque année, on en sait relativement peu sur les causes de leur insolvabilité.

À l'instar de nombreux pays, le Canada dispose d'une loi, la *LFI*, qui offre aux débiteurs ou aux créanciers l'occasion de liquider une entreprise de façon ordonnée. Les particuliers impliqués dans une entreprise se trouvent ainsi en position d'effectuer un « nouveau départ », dans la mesure où ils peuvent rétablir leur situation financière après avoir été libérés de leur faillite. Dans le cas des sociétés commerciales, la faillite peut signifier la mort de l'entreprise, ses biens étant liquidés pour régler les réclamations de ses créanciers, ou encore la vente de l'entreprise en exploitation dans le cadre d'une liquidation, ce qui permet à cette dernière de se réhabiliter sous la direction de nouveaux propriétaires et gestionnaires.

La *LFI* permet également à une entreprise de faire une proposition à ses créanciers plutôt que de faire faillite ou d'être liquidée. Une proposition offre aux créanciers un arrangement ou un compromis sur les dettes de l'entreprise, un rééchelonnement de celles-ci, ou tout autre arrangement qui permet au débiteur de redresser sa situation financière. Le régime des propositions de la *LFI* offre aux débiteurs la possibilité d'un nouveau départ en leur permettant de régler leurs dettes à des conditions qui leur permettent de rétablir leur situation financière⁹. Ce régime est accessible à toutes les formes d'entreprises, qu'elles soient à propriétaire unique, ou qu'il s'agisse de sociétés commerciales ou de personnes.

⁶ Bien qu'une société de personnes ne soit pas techniquement tenue d'être incorporée, le BSF englobe les cas d'insolvabilité de sociétés de personnes avec ceux des sociétés commerciales dans ses statistiques. Stephanie Cavanagh, BSF, correspondance, juin 2008.

⁷ BSF, *Un survol des statistiques sur l'insolvabilité au Canada jusqu'à 2006*, [http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/Statsbooklet2007-EN.pdf/\\$FILE/Statsbooklet2007-EN.pdf](http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/Statsbooklet2007-EN.pdf/$FILE/Statsbooklet2007-EN.pdf). Les statistiques sur les faillites de consommateurs englobent les particuliers dont au moins 50 % des dettes représentent des dépenses de consommation.

⁸ *Statistiques sur l'insolvabilité au Canada – Septembre 2008*, *supra*, note 5.

⁹ On retrouve un autre mécanisme de restructuration dans les lois sur les sûretés mobilières qui permettent à un créancier de prendre possession des biens grevés en sa faveur, réaliser sa sûreté pour acquitter la dette qui lui est due, et de replacer ensuite ces biens dans une nouvelle entité, et régler certaines obligations, en contracter de nouvelles, ou se délester de certaines d'entre elles; voir par exemple les dispositions sur la prise de possession en cas de défaut dans la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, Ch. P.10, art. 62 et 63.

Une proposition peut être présentée sous le régime de la Section I ou de la Section II de la *LFI*, la seconde visant entre autres les cas où au moins 50 % des dettes d'un particulier sont attribuables à ses activités commerciales.

Contrairement à ce qu'on observe avec la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC)*,¹⁰ sur laquelle les universitaires se sont beaucoup penchés au cours des dernières années, il n'y a guère eu de recherches sur les cas d'insolvabilité commerciale et de redressement traités sous le régime de la *LFI*, notamment ceux des PME. Bien qu'il existe de nombreuses définitions de ce qu'est une PME, Industrie Canada utilise la plupart du temps une combinaison du nombre d'employés et du chiffre d'affaires pour circonscrire leur réalité¹¹. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'insolvabilité, Industrie Canada ne tient pas compte du nombre d'employés ou du chiffre d'affaires d'une entreprise dans les statistiques que tient le Bureau du surintendant des faillites. Les seules mesures utilisées sont le chiffre des avoirs et le niveau d'endettement. Pour les fins de la présente étude, nous avons examiné un échantillon général de dossiers relevant de la *LFI* sans restreindre arbitrairement l'importance de la cohorte en fonction d'un seuil déterminé d'avoirs ou d'endettement. L'étude a cependant révélé que, sur les 5 515 dossiers examinés, la plupart des entreprises qui recouraient à la faillite ou à une proposition sous le régime de la *LFI* avaient des avoirs inférieurs à 1 million \$, et des dettes inférieures à 2 million \$.

Il n'y a jamais eu d'étude nationale empirique de l'insolvabilité commerciale sous le régime de la *LFI*, et relativement peu d'études régionales. Une étude des professeurs Ziegel et Davis au début des années 1990 se penchait sur les sommes recouvrées par les créanciers garantis dans 90 dossiers de la région de Toronto. Une autre, effectuée par les professeurs Papillon et Gosselin en 2005, se penchait sur des cas de réorganisation à Montréal et à Québec, étudiant en profondeur 13 cas de *LFI* et 7 cas de *LACC*¹². En 2007, avec leur collègue Sébastien Deschênes, ils avaient également examiné l'effet que pourrait avoir

¹⁰ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36, avec ses modifications (*LACC*).

¹¹ Il existe toute une série de définitions pour les petites et moyennes entreprises (PME); de façon générale, ces définitions se fondent sur le chiffre d'affaires annuel, la valeur totale des immobilisations et/ou le nombre d'employés. Industrie Canada précise souvent qu'elles peuvent avoir jusqu'à 500 employés, et un chiffre d'affaires à hauteur de 50 millions \$. Industrie Canada, *Principales statistiques sur le financement des petites entreprises* – Août 2005 *Qu'est-ce qu'une PME?* [http://www.pme-prf.gc.ca/eic/site/sme_fdi_prf_pme.nsf/vwapj/KSBFS_Aug2005_Fr.pdf/\\$FILE/KSBFS_Aug2005_Fr.pdf](http://www.pme-prf.gc.ca/eic/site/sme_fdi_prf_pme.nsf/vwapj/KSBFS_Aug2005_Fr.pdf/$FILE/KSBFS_Aug2005_Fr.pdf). Industrie Canada note que « On trouve plusieurs définitions des PME, qui peuvent être classées selon leur taille évaluée en fonction du nombre d'employés, du chiffre d'affaires annuel, des recettes annuelles ou de la capacité d'emprunt. Le présent rapport définit les PME en fonction du nombre d'employés et des recettes annuelles. Cette définition correspond assez bien aux autres définitions des PME partout dans le monde. Ainsi, l'Union européenne définit les PME comme étant des entreprises qui comptent moins de 250 employés et ont un chiffre d'affaires annuel ne dépassant pas 50 millions d'euros (environ 79 millions de dollars canadiens) ou dont le bilan annuel total ne dépasse pas 43 millions d'euros (68 millions de dollars canadiens). »

¹² Jocelyne Gosselin, Benoit Mario Papillon, *Analyse empirique de l'efficacité des procédures de réorganisation sous la LFI et la LACC*; 2005, [http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/Papillon-Gosselin-2005-FR.pdf/\\$FILE/Papillon-Gosselin-2005-FR.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/Papillon-Gosselin-2005-FR.pdf/$FILE/Papillon-Gosselin-2005-FR.pdf).

l'imposition par la loi de conditions spécifiques pour le financement des petites et moyennes entreprises¹³.

Le présent projet vise à développer les connaissances sur l'insolvabilité sous le régime de la *LFI* par une étude empirique. La recherche a été effectuée sous l'égide de la Fondation canadienne de l'insolvabilité dans le cadre d'une bourse de recherche attribuée à la mémoire de l'honorable juge Lloyd W. Houlden¹⁴. Le juge Houlden est une sommité du droit canadien de l'insolvabilité pour avoir siégé à la Cour supérieure de l'Ontario de 1969 à 1974, puis ensuite à la Cour d'appel de l'Ontario de 1974 à 1997. Pendant son mandat à la Cour d'appel, il a continué à siéger en première instance dans les grands dossiers de restructuration¹⁵. Tout au long de sa carrière judiciaire, le juge Houlden a fait preuve d'un grand intérêt pour l'efficacité et l'équité du régime canadien de l'insolvabilité. En ma qualité de doctorante en droit en 1998, j'ai eu l'occasion de rencontrer le juge Houlden et d'apprécier tout particulièrement l'occasion de partager avec lui ses vues sur la restructuration des sociétés commerciales au Canada, et son soutien à mon projet de mettre en relief les dimensions d'intérêt public du droit de l'insolvabilité commerciale. Dix ans plus tard, je suis très honorée d'être la récipiendaire de la Bourse de recherche Lloyd Houlden, et de pouvoir me remémorer ses nombreuses contributions au droit de l'insolvabilité tout au long du travail de recherche et de rédaction de la présente étude.

La Partie II de cette étude définit sa portée et ses objectifs de même que la méthodologie employée, en plus d'indiquer les limites de l'analyse des données disponibles. La Partie III définit le cadre législatif, et propose un bref survol des différentes voies offertes aux entreprises qui connaissent des difficultés financières, de même qu'une discussion des modifications proposées à la *LFI* qui sont les plus pertinentes dans les cas de faillite et de proposition commerciale¹⁶. La Partie IV présente un survol de l'insolvabilité commerciale au Canada, et un instantané de la situation par grand secteur économique et par région. La Partie V se penche sur les principales causes de l'insolvabilité commerciale en comparant des résultats obtenus par voie électronique, des dossiers papier, et ceux d'un sondage mené auprès des syndicats. La Partie VI présente une brève analyse de l'origine de l'endettement des entreprises, et du genre d'avoirs avec lesquels les débiteurs commerciaux se présentent dans des procédures d'insolvabilité, et notamment un examen de la façon dont les ratios d'avoirs et d'endettement peuvent influencer le choix de la façon de procéder devant le tribunal et l'issue d'un dossier. En Partie VII, nous abordons la question du succès ou de l'échec d'une proposition commerciale, les différents facteurs qui y contribuent, et les taux de recouvrement lorsque les données sont disponibles. La Partie VIII examine les différents facteurs qui peuvent influencer le choix de la façon de procéder, et

¹³ Jocelyne Gosselin, Benoît Mario Papillon et Sébastien Deschênes, *Synthèse de l'analyse des effets possibles de la législation ayant trait à l'insolvabilité commerciale sur les conditions de financement externe des PME - 2007* [http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/SummaryReport_FR.pdf/\\$FILE/SummaryReport_FR.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/SummaryReport_FR.pdf/$FILE/SummaryReport_FR.pdf)

¹⁴ La FCI se consacre à la recherche et à l'éducation relatives aux lois et aux pratiques en matière d'insolvabilité.

¹⁵ David Baird, « A Tribute to Lloyd W. Houlden », in J. Ziegel et D. Baird, *Case Studies in Recent Canadian Insolvency Reorganizations, In Honour of the Honourable Lloyd W. Houlden*, (Toronto, Carswell, 1997), à la p. xxviii.

¹⁶ *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, Lois du Canada, chapitre 36, sanction royale le 14 décembre 2007, mise en vigueur partielle le 7 juillet 2008; au 31 mars 2009, les dispositions restantes (chapitre 36) n'avaient toujours pas été mises en vigueur.

notamment la mise sous séquestre, la cession volontaire par opposition à la faillite forcée, le recours à la *LFI* plutôt qu'à la *LACC*, le financement de débiteur-exploitant sous le régime des propositions en vertu de la *LFI*, et les ressources offertes aux petites entreprises. La Partie IX aborde les questions que les syndicats voudraient voir faire l'objet de recherches dans l'avenir. Enfin, la Partie X offre quelques observations préliminaires sur des questions d'intérêt public et certaines conclusions.

II. PORTÉE ET BUTS DE L'ÉTUDE

Notre projet de recherche avait pour but général de développer notre compréhension des mécanismes de l'insolvabilité commerciale et de la logique sous-jacente. Une de nos hypothèses de travail était que les causes de l'insolvabilité sont nombreuses, certaines étant reliées au degré d'expérience et de compétence des dirigeants, alors que d'autres tiennent davantage au contexte économique général qui échappe à tout contrôle des administrateurs et des dirigeants. Une autre de ces hypothèses postulait que la nature de l'endettement est peut-être en train de changer, exposant dès lors les entreprises à de plus grands défis dans leurs relations de crédit. Enfin, nous nous demandions si le taux déclaré des propositions échouées demeurerait le même si l'on mettait de côté les propositions et les avis d'intention déposés dans le seul but de permettre à l'entreprise débitrice de se dégager une marge de manoeuvre, le temps de décider s'il était préférable de se restructurer ou de liquider ses affaires¹⁷. En effet, une meilleure compréhension des causes et des solutions aux problèmes d'insolvabilité commerciale peut être utile dans la conception des améliorations à apporter à notre régime de l'insolvabilité.

Nous entreprîmes donc une étude empirique et qualitative des cas de faillite et de proposition commerciales survenus entre 2005 et 2008. Notre projet cherchait des réponses à un certain nombre de questions. Quelles sont les principales causes de l'échec des entreprises au Canada ? Y a-t-il lieu d'établir des distinctions en fonction du genre d'entreprise, de sa taille, et de son secteur d'activité selon qu'il s'agit d'une cession volontaire ou d'une faillite forcée ? La *LFI* contient-elle les incitatifs nécessaires pour amener les entreprises à déclarer faillite en temps utile ? Quelles sont les principales sources de crédit des entreprises insolubles ? L'endettement par carte de crédit joue-t-il un rôle important dans les cas d'insolvabilité commerciale, comme c'est le cas pour les consommateurs ? Quels sont les facteurs qui poussent les entreprises à privilégier une proposition plutôt que la faillite ? Notre étude s'est également penchée sur les diverses pressions qui s'exercent à différents stades du processus pour faire échouer une proposition commerciale. Dans la mesure où le taux d'échec de ces propositions est relativement élevé, quels sont les facteurs qui contribuent à leur succès ou à leur échec, et quels changements serait-il nécessaire d'apporter à nos politiques pour améliorer leurs chances de succès ? Le ratio d'endettement par rapport à l'actif constitue-t-il un indice annonciateur du succès ou de l'échec d'une proposition ? Les modifications projetées vont-elles inciter davantage les entreprises débitrices à soumettre des propositions à leurs créanciers ? Un certain nombre de ces questions ont été examinées en fonction de la procédure choisie. Puis, nous avons procédé à une analyse comparative des résultats par catégorie, en cherchant à identifier, lorsque la chose était possible, les différences selon le mode

¹⁷ Pour les fins de la présente étude, le moment du dépôt est celui où le débiteur l'effectue pour obtenir un répit de trente jours contre ses créanciers en vertu des dispositions sur la suspension des procédures afin d'examiner les choix qui s'offrent à lui.

d'organisation de l'entreprise, à propriétaire unique, en société de personnes, ou en société commerciale.

Nous avons recueilli autant d'informations sur ces questions qu'il nous était possible de le faire, et nous les avons ensuite analysées pour mieux comprendre les avantages et les inconvénients du régime actuel. Vu la nature et les caractéristiques des données disponibles, nous n'avons pu obtenir réponse qu'à certaines de nos questions. Cette information devrait nous permettre de déterminer dans quelle mesure le régime actuel favorise ou non le redressement des entreprises. Même si la faillite des entreprises est un sous-produit inévitable de l'économie de marché, il est possible qu'il existe dans le système actuel des incitatifs à la liquidation prématurée auxquels il serait possible de remédier.

1. Méthodologie de recherche

Notre démarche de recherche comportait quatre étapes. Premièrement, il fallait vérifier si des études comparables avaient déjà été faites en milieu universitaire, à l'instigation des milieux d'affaires, ou à l'étranger, pour nous aider à développer notre questionnaire. De telles études sont plutôt rares, en partie parce que de nombreux pays n'ont pas encore entrepris de recueillir des données précises en matière d'insolvabilité.

Avec la collaboration du personnel et des économistes du BSF, nous avons ensuite utilisé l'information recueillie pour définir des champs de recherche qui nous permettraient de fouiller les dossiers électroniques. Les données provenaient des différentes régions du pays pour que nous ayons un échantillon représentatif. Notre étude se concentrait sur les dossiers d'entreprises commerciales ouverts de 2005 à 2008, ce qui nous laissait avec un échantillon de 5 600 entreprises dont 5 515 avaient un dossier électronique, et 85, un dossier papier. Le système de dépôt électronique du BSF accepte les dossiers d'administration sommaire et les propositions sous la section II des particuliers, des dossiers conjoints, et des débiteurs vivant à l'étranger¹⁸. Il accepte également les dossiers d'administration ordinaire des particuliers et des sociétés commerciales¹⁹. Il n'accepte pas les dossiers d'administration sommaire ou ordinaire, ni les propositions sous la section II, des sociétés de personnes. Il accepte toutefois le dépôt des propositions sous la section I et les avis d'intention de faire une proposition des particuliers et des sociétés commerciales, mais pas ceux des dossiers conjoints ou des sociétés de personnes²⁰.

Le BSF définit l'insolvabilité commerciale de la façon suivante : « Toute entité ou organisation de nature commerciale autre qu'un individu, ou individu dont cinquante pour cent ou plus de la dette totale est reliée à l'exploitation d'une

¹⁸ De plus, il accepte les dossiers de propositions et d'administrations des débiteurs ayant déjà fait faillite, et dans le cas des administrations, des débiteurs décédés (avec une ordonnance du tribunal); BSF, « L'abc du dépôt électronique », <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01972.html>

¹⁹ De même que les dossiers des débiteurs ayant déjà fait faillite et des débiteurs vivant à l'étranger; BSF, « L'abc du dépôt électronique », <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01970.html>.

²⁰ Il accepte également les dossiers des débiteurs ayant déjà fait faillite et des débiteurs vivant à l'étranger, mais pas les dossiers d'administrations où l'un des documents est scellé; BSF, « L'abc du dépôt électronique », <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01967.html>.

entreprise commerciale ».²¹ Par conséquent, les données disponibles sur l'insolvabilité commerciale comprennent également celles des particuliers qui ont une dette de consommation importante, mais dont au moins 50 % de la dette totale est attribuable à ses affaires. La plupart de ces particuliers sont des propriétaires uniques.

Les données du BSF permettaient de faire une analyse globale des données pour lesquelles il existe des champs de recherche électronique bien délimités, comme les avoirs totaux et la source du crédit. Bien que les données pour ces champs aient été relativement complètes, nous avons relevé certains dossiers dans lesquels l'information requise n'avait pas été fournie. Cependant, ces dossiers représentent un petit nombre de l'ensemble des dossiers examinés²².

Nous avons ensuite analysé chaque cas pour déterminer les causes de l'insolvabilité. Un des problèmes posés par les données électroniques sous leur forme actuelle, est qu'elles ne contiennent aucun descripteur permettant de circonscrire automatiquement les causes de l'insolvabilité. Pour l'instant, on ne peut obtenir cette information que par le traitement manuel des dossiers, ce que nous fûmes obligés de faire, pour ensuite identifier la cause primaire et les causes secondaires. Cette information fut ensuite entrée dans une base de données Excel. Ce fut un processus long et ardu, exécuté principalement par des étudiants en droit à la UBC. Nous avons ensuite mis au point une méthode pour analyser ces données, et coder les variables de chaque cas de façon à être en mesure d'établir des comparaisons par région et par cohorte. C'est pendant cette période qu'allaient justement être déposées électroniquement les premières propositions commerciales, une évolution dans la façon de recueillir les données qui démontrera de plus en plus son utilité dans l'avenir en termes d'accès à l'information.

Le passage du BSF au dépôt électronique et la récolte de l'information ainsi obtenue sont des développements importants tant pour les décideurs au gouvernement que pour les milieux académiques, dans la mesure où elles permettent de procéder à une analyse empirique de la réalité sur le terrain. Cependant, l'exactitude de cette information dépend dans une large mesure de la façon dont les champs tels que la cause sont documentés par les débiteurs et leurs syndicats. Elle peut aussi dépendre du type de déposant, dans la mesure où certains syndicats nous rapportent que les dossiers de sociétés commerciales sur des aspects tels que les causes de l'insolvabilité comportent souvent bien plus de précisions que ceux des entreprises à propriétaire unique qui sont souvent moins détaillés et guère utiles. L'étude révèle que l'information financière n'est pas la seule à manquer, une situation qu'il devrait être possible d'améliorer dans l'avenir.

Une des conditions pour nous donner accès aux données électroniques du BSF était que les dossiers papiers soient examinés dans plusieurs régions du pays, de façon à pouvoir conclure si les renseignements qu'ils contenaient correspondaient à ceux qu'on retrouvait dans les dossiers électroniques. En compagnie de nos assistants de recherche, nous avons donc dû nous rendre aux bureaux régionaux du BSF à Toronto, Halifax, Calgary et Vancouver pour analyser un échantillon de dossiers papiers représentatifs choisis au hasard en fonction du nombre de cas et du type de dossier par le personnel du BSF. Le personnel des bureaux du BSF à Halifax, Toronto, Calgary et Vancouver, de même qu'au siège social à Ottawa allait

²¹ Bureau du surintendant des faillites Canada (BSF), <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br02068.html>.

²² Comme la collecte de certaines données est encore toute récente au BSF, il est fort probable qu'elles seront de plus en plus complètes avec le temps.

se révéler très précieux pour organiser ces visites et nous permettre d'examiner ces dossiers. Nous allons en examiner au total 85, en respectant le volume relatif des dossiers par région. Les données de ces dossiers sont présentées séparément, de façon à permettre des comparaisons avec les données recueillies électroniquement. Lorsque la chose est pertinente, mention est faite des données de l'étude effectuée par les professeurs Gosselin et Papillon à Montréal et à Québec²³.

À l'information obtenue dans le cadre de l'étude des données du BSF s'est ajoutée celle que nous a fournie un groupe de syndicats du milieu des professionnels de l'insolvabilité qui oeuvrent au quotidien auprès d'entreprises insolvables. Un sondage a été mené à travers le pays auprès de 50 d'entre eux par téléphone, courrier électronique, et entrevues face-à-face, afin de tirer le fruit de leur expérience en insolvabilité commerciale sous le régime de la *LFI*. Les premières de ces entrevues ont eu lieu en août auprès de 32 répondants. Pour améliorer la représentation régionale et celle des cabinets comptables nationaux, une seconde vague s'est déroulée en septembre et en octobre 2008 pour porter notre échantillon à 50 syndicats²⁴. Des entrevues de suivi ont été menées auprès de 20 d'entre eux sur les effets des nouvelles conditions économiques dans le seul but de vérifier auprès d'eux s'ils avaient perçu des changements vers la fin de 2008 et le début de 2009 dans les principales causes de l'insolvabilité. Grâce à l'expérience de ces professionnels sur le terrain, nous avons pu recueillir des commentaires très pertinents, notamment dans le cas des petites entreprises. Cette information à caractère qualitatif est évoquée tout au long de notre rapport en soutien aux données empiriques. Elle nous offre un éclairage intéressant sur la nature et les causes de l'insolvabilité commerciale, et sur les problèmes que pose le cadre actuel.

2. Limites des données

Dans l'interprétation des données, il faut garder à l'esprit deux choses très importantes. La première, c'est que les débiteurs qui indiquent les raisons pour lesquelles ils se mettent sous la protection de la loi le font avec l'aide d'un professionnel de l'insolvabilité, que ce soit pour une proposition ou une faillite, ou encore avec celle d'un avocat, surtout dans le cas des sociétés commerciales. Bien que de nombreux professionnels encouragent les débiteurs à être précis, nous avons relevé des cas où le syndic avait employé de courtes expressions passe-partout comme « entreprise insolvable », qui ne fournissent guère d'indications sur les causes sous-jacentes de leur état, ou sur la façon dont la solution retenue, proposition ou faillite, répond à ces problèmes. Ce manque de précision rend difficile la tâche des créanciers, registraires et juges pour tenter de déterminer les véritables causes des difficultés financières et, en retour, déterminer si la solution retenue est bien la meilleure dans les circonstances. Il vaut la peine de souligner que, dans de nombreux cas, les propositions de sociétés commerciales comportaient davantage de précisions que celles des entreprises à propriétaire unique qui étaient souvent plus générales. L'absence de précisions rend difficile la tâche du registraire ou du tribunal qui doit approuver les propositions qui répondent directement aux causes de l'insolvabilité.

²³ Gosselin et Papillon, *supra*, note 12.

²⁴ Il est important de souligner que la liste des personnes qui apparaît au début de ce texte ne couvre que celles qui ont accepté d'être remerciées publiquement pour leur collaboration. Un certain nombre de syndicats appartenant à des grands cabinets nationaux ont préféré garder l'anonymat.

La seconde, c'est que les données étant recueillies dans un champ ouvert qui contenait dans certains cas beaucoup de précisions sur les causes sous-jacentes de l'insolvabilité, nous avons parfois à faire des choix arbitraires sur la façon de regrouper les données et à utiliser des protocoles pour nous assurer d'une certaine cohérence dans la façon d'analyser les données d'une réponse à l'autre.

Parmi les limites identifiées à notre analyse des données soumises au BSF, nous retenons que, dans de nombreux cas, les débiteurs identifiaient plus d'une cause à leur insolvabilité. Par exemple, la mauvaise gestion voisinait avec le surendettement. Pour les fins de l'analyse des dossiers, nous avons retenu la cause principale et les causes accessoires, mais il faut noter que les statistiques générales ne parviennent pas toujours à capter l'interaction entre les facteurs qui ont pu contribuer à l'insolvabilité d'une entreprise.

Un certain nombre de points méritent d'être soulignés sur les données réunies par le BSF. Tout d'abord, l'information n'est pas aussi transparente qu'elle pourrait l'être, à la fois quant à la façon dont elle est répertoriée, et dont elle est rapportée. Par exemple, les chiffres de l'insolvabilité commerciale varient selon les rapports. Dans le *Sommaire des statistiques annuelles de 2007*, les cas d'insolvabilité sont rapportés selon leur mode d'administration. Les propositions commerciales comprennent les propositions de Section I de même que les avis d'intention de faire une proposition, indépendamment de la nature de l'endettement. Les propositions de consommateur sont celles qui sont faites sous le régime de la Section II. Dans un autre rapport qui couvre la même période, *L'insolvabilité au Canada en 2007*, le BSF rapporte les cas d'insolvabilité commerciale selon la nature de l'endettement. Sont considérées comme propositions commerciales celles où au moins 50% de l'endettement est attribuable aux affaires du particulier, et elles comprennent les propositions de sociétés commerciales et de sociétés individuelles de la Section I, et les propositions de sociétés individuelles de la Section II²⁵. De telles différences dans les définitions produisent des résultats très différents qui ne sautent pas aux yeux à première vue. Cette situation pourrait être facilement corrigée.

Le BSF ne recueille aucune donnée sur l'âge des entreprises, et il n'est donc pas possible de faire de distinction entre les entreprises établies et les nouvelles venues. Il n'existe non plus aucune donnée sur la taille des entreprises par secteur d'activités, ce qui nous permettrait d'avoir un éclairage intéressant sur les difficultés financières des entreprises. Pas davantage de données sur le nombre d'employés touchés, quoique cette information sera peut-être recueillie à l'avenir dans le cadre du Programme de protection des salariés. Les données sur les sommes récupérées dans le cadre des propositions ne sont pas recueillies de façon à rendre facile leur interprétation, quoique le BSF ait été en mesure de nous fournir des chiffres que nous aborderons plus loin dans cette étude.

Une autre des limites importantes de cette étude tient au fait que nous n'avons pas cherché à obtenir directement de l'information auprès des débiteurs, par sondage ou autrement. Comme la preuve en a été faite lors d'une étude empirique sur les débiteurs consommateurs âgés, il est difficile d'obtenir des renseignements directement auprès des débiteurs en raison de leur vulnérabilité et de leur crainte d'être stigmatisés publiquement. Par ailleurs les normes universitaires actuelles en matière de recherche sont très strictes au chapitre des contacts avec les

²⁵ Correspondance avec Stephanie Cavanagh du BSF, 18 décembre 2008, qui clarifie les différentes données statistiques de 2007. Une autre façon de ventiler les dossiers d'entreprise est distinguer le cas des entreprises individuelles (à propriétaire unique). Les propositions et les faillites sont alors regroupées.

populations étudiées²⁶. Mentionnons enfin les coûts très élevés de ce genre d'études. Ils n'en reste pas moins que les données qu'on pourrait ainsi recueillir constitueraient un outil précieux pour l'élaboration de nouvelles politiques.

Certains éléments de recherche importants tels que le nombre d'employés des entreprises insolvable ne sont pas recueillis du tout. Le BSF ne suit pas l'évolution des dossiers une fois la conclusion des propositions, ce qui rend impossible toute évaluation de l'efficacité à moyen et long terme des dispositions de la *LFI*. Le BSF devrait envisager la tenue d'une consultation publique et procéder ensuite à une révision de ses formulaires, de façon à améliorer la collecte des informations dans l'avenir.

Enfin, un des objectifs de l'étude était de dénicher plus d'informations sur les différences entre les sociétés à capital fermé et celles dont les actions sont cotées en bourse, que ce soit en termes de la nature de leur endettement, des causes de leurs difficultés financières, et de l'issue de leurs problèmes. Cependant, les données disponibles ne comportaient aucune mention du nom des entreprises, ce qui nous a contraint à procéder à l'envers, en recherchant dans les médias le nom des entreprises en difficultés financières, en fouillant la base de données SEDAR pour tenter de trouver des renseignements sur la date à laquelle des procédures avaient été déposées et l'issue qu'elles avaient connues lorsque l'information était disponible, pour ensuite recouper ces informations avec celles du BSF. Un des problèmes avec la base de données SERDAR tient à l'absence de toutes données lorsqu'une entreprise cesse d'être cotée en bourse. En effet, elle cesse de fournir de l'information au moment même où ses difficultés financières empirent. Comme nous le verrons plus bas, nous avons effectué de telles recherches sur un échantillon de dix dossiers. Cependant cet échantillon est insuffisant pour tirer des conclusions fiables. Voilà qui pourrait servir de matière à de nouvelles recherches afin d'obtenir un nouvel éclairage.

Dans la prochaine partie, nous examinons brièvement le cadre législatif pour le bénéfice des lecteurs moins familiers avec les différents choix des entreprises insolvable sous le régime de la *LFI*. Il s'agit de la toile de fond sur laquelle nous procéderons ensuite à l'analyse des données que nous avons recueillies.

III. CADRE LÉGISLATIF

Il est utile de passer brièvement en revue les différentes façons de régler un cas d'insolvabilité commerciale en vertu de la *LFI*. Les débiteurs disposent en effet de deux solutions : la faillite sous le régime de la Section I, et le mécanisme de la proposition sous le régime de la Section II²⁷. Au 31 mars 2009, il y avait encore des modifications à la *LFI* qui avaient été adoptées, mais qui n'étaient pas encore entrées en vigueur²⁸. Certaines de ces modifications touchent directement l'insolvabilité commerciale, et elles sont prises en compte dans ce texte lorsqu'il y a lieu.

²⁶ J. Sarra, « Growing Old Gracefully, An Empirical Investigation into the Growing Number of Bankrupt Canadians over Age 55 », *2006 Annual Review of Insolvency Law* (Toronto: Carswell, 2007).

²⁷ Il existe aussi d'autres façons de procéder qu'en vertu de la *LFI*. Elles se trouvent toutefois hors du champ de notre étude.

²⁸ Lois du Canada, Chapitre 36, *supra*, note 16.

Il existe un certain nombre d'issues aux difficultés financières pour les entreprises, notamment une réorganisation privée de la dette avec les créanciers sans intervention des tribunaux, une nouvelle injection de capital, la mise sous séquestre, le redressement judiciaire, ou la faillite et la liquidation²⁹. En cas de faillite, les biens de l'entreprise passent entre les mains d'un syndic de faillite qui vend l'entreprise en exploitation ou procède à une liquidation de ses biens et en redistribue le produit entre les créanciers selon la priorité de leur réclamation telle qu'établie par la *LFI*. Hormis ce mode, il existe un certain nombre de mécanismes qui permettent à une entreprise débitrice de poursuivre ses activités, comme le prévoit la loi en vertu de laquelle l'entreprise est constituée. La législation sur l'insolvabilité prévoit aussi la possibilité de conclure un arrangement, soit en vertu de la *LFI*, une loi très codifiée, soit en vertu de la *LACC*, aux dispositions beaucoup plus sommaires³⁰.

La *LFI* prévoit un mécanisme pour la partie qui présente une requête en faillite contre un débiteur insolvable afin d'obtenir la liquidation de ses biens, de même que toute une série de mécanismes intérimaires telles que la mise sous séquestre pour prendre les mesures conservatoires et autres nécessaires à la préservation des biens auxquels les créanciers peuvent prétendre du fait des difficultés financières de l'entreprise.

En plus de son mécanisme de recouvrement des dettes, la *LFI* prévoit aussi la possibilité pour une entreprise de faire une proposition, lui offrant ainsi l'occasion de restructurer ses affaires et de retrouver la voie de la solvabilité. Selon la *LFI*, une proposition comprend une « proposition concordataire » qui permet à une entreprise de réorganiser ses affaires pour retrouver le chemin de la viabilité, les créanciers se déclarant prêts à accepter moins que le plein remboursement de leur créance, ou à prolonger la période de remboursement, ou encore d'un concordat, d'un atermoiement ou d'un accommodement³¹. On part alors de la prémisse qu'un débiteur-entrepreneur peut redresser sa situation financière et redevenir viable en réduisant le montant de sa dette, en rééchelonnant ses paiements, ou en mettant fin à des contrats coûteux.

Le dépôt d'une proposition ou d'un avis d'intention entraîne la suspension automatique pendant trente jours de toute action d'un créancier pour recouvrer le montant de sa réclamation, donnant ainsi le temps au débiteur insolvable de négocier avec ses créanciers une proposition ou un plan de relance. Les dirigeants de la société conservent le contrôle des avoirs et des activités pendant la durée du processus, et le syndic qui aide à l'élaboration de la proposition joue un rôle de surveillance et de conseil plutôt que de prendre le contrôle de l'entreprise. Peuvent se prévaloir des procédures de la *LFI* sur les propositions les particuliers et les entreprises de toutes tailles, qu'elles soient à propriétaire unique, ou qu'il s'agisse d'une société de personnes ou d'une société commerciale.

²⁹ R. Yalden, J. Sarra *et al*, *Corporations, Policies, Principles and practice* (Toronto, Emond Montgomery Publications, 2007), au chapitre 14.

³⁰ L'analyse de la *LACC* n'entre pas dans le cadre de la présente étude. Vous pouvez consulter à ce sujet Janis P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (Toronto: Carswell, 2007).

³¹ Par. 2(1) de la *LFI*.

1. Faillite

Pour commencer avec la faillite, une personne insolvable peut faire cession de ses biens en faillite, ou un créancier peut déposer une requête en faillite contre une « personne »³². Selon la *LFI*, sont assimilées à des personnes

« les sociétés de personne, associations non constituées en personne morale, personnes morales, sociétés ou organisations coopératives et leurs successeurs; les héritiers, liquidateurs de succession, exécuteurs testamentaires et administrateurs et autres représentants légaux de toute personne, conformément à la loi applicable en l'espèce. »³³

Selon la *LFI*, une personne morale est :

« une personne morale constituée en vertu d'une loi fédérale ou provinciale, ou toute autre personne morale constituée en quelque lieu et qui est autorisée à exercer des activités au Canada ou qui y a un bureau ou y possède des biens. La présente définition ne vise pas les banques, banques étrangères autorisées, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques*, compagnies d'assurance, sociétés de fiducie, sociétés de prêt ou compagnies de chemin de fer constituées en personnes morales. »³⁴

Les modifications à venir à la définition de personne morale couvriront la fiducie de revenus³⁵.

Un débiteur commercial peut déposer une requête pour faire cession de ses biens, appelée cession volontaire. Lorsqu'un créancier dépose une requête en faillite contre un débiteur, on parle de cession forcée. Selon les termes du paragraphe 43(1) de la *LFI*, un ou plusieurs créanciers peuvent déposer au tribunal une requête en faillite contre un débiteur, défini comme étant une personne insolvable qui, au moment de la commission d'un acte de faillite, résidait au Canada ou y faisait affaire.

Pour les fins de l'admissibilité à la *LFI*, celle-ci définit la personne insolvable dans ces termes :

³² Pour une explication de ces dispositions, voir L. Houlden, G. Morawetz et J. Sarra, *The 2008 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Toronto: Carswell, 2007), Partie II, Bankruptcy Orders and Assignments, pp. 130 à 201.

³³ Art. 2 de la *LFI*. La définition a été modifiée par le Chapitre 36 et inclut désormais les sociétés de personne, associations non constituées en personne morale, personnes morales, sociétés ou organisations coopératives et leurs successeurs; les héritiers, liquidateurs de succession, exécuteurs testamentaires et administrateurs et autres représentants légaux de toute personne. Chapitre 36, *supra*, note 16.

³⁴ Art. 2 de la *LFI*. La définition a été modifiée par le Chapitre 36 et inclut désormais « une personne morale constituée en vertu d'une loi fédérale ou provinciale, ou toute autre personne morale constituée en quelque lieu et qui est autorisée à exercer des activités au Canada ou qui y a un bureau ou y possède des biens. La présente définition ne vise pas les banques, banques étrangères autorisées, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques*, compagnies d'assurance, sociétés de fiducie, sociétés de prêt ou compagnies de chemin de fer constituées en personnes morales. »

³⁵ Lois du Canada, Chapitre 36, *supra*, note 16.

2 ... Personne qui n'est pas en faillite et qui réside au Canada ou y exerce ses activités ou qui a des biens au Canada, dont les obligations, constituant à l'égard de ses créanciers des réclamations prouvables aux termes de la présente loi, s'élèvent à mille dollars et, selon le cas :

- a) qui, pour une raison quelconque, est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance;
- b) qui a cessé d'acquitter ses obligations courantes dans le cours ordinaire des affaires au fur et à mesure de leur échéance;
- c) dont la totalité des biens n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, ou ne suffirait pas, s'il en était disposé lors d'une vente bien conduite par autorité de justice, pour permettre l'acquittement de toutes ses obligations échues ou à échoir.

La *LFI* énumère dix actes de faillite, dont le plus couramment répandu est l'impossibilité de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure qu'elles sont échues³⁶. Parmi les autres actes de faillite, signalons les suivants : la cession des biens d'un débiteur au bénéfice de l'ensemble de ses créanciers, un don frauduleux, la cession ou le transfert d'une partie ou de la totalité de ses biens, une préférence frauduleuse, le départ du Canada de façon temporaire ou définitive dans l'intention de frustrer ou de retarder ses créanciers; permettre qu'une procédure d'exécution ou autre procédure contre lui, et en vertu de laquelle une partie de ses biens est saisie, imposée ou prise en exécution, reste non réglée, sous réserve de certaines conditions, à une assemblée de ses créanciers, produire un bilan démontrant qu'on est insolvable, ou présenter ou faire présenter à cette assemblée un aveu par écrit de son incapacité de payer ses dettes; céder, enlever ou cacher, ou tenter ou être sur le point de céder, d'enlever ou de cacher une partie de ses biens, ou en disposer, tenter ou être sur le point d'en disposer, avec l'intention de frauder, frustrer ou retarder ses créanciers ou l'un d'entre eux; donner avis à l'un de ses créanciers qu'on a suspendu ou qu'on est sur le point de suspendre le paiement de ses dettes; faire défaut à toute proposition concordataire faite sous le régime de la *LFI*. L'acte de faillite doit être survenu dans les six mois précédant le dépôt de la requête en faillite.

Quand un débiteur est insolvable et souhaite se prévaloir de la *LFI*, le syndic de faillite procède à un examen de sa situation financière, lui explique les différents choix qui lui sont ouverts, et détermine, y compris dans le cas de ceux qui exploitent une entreprise, s'il y aura lieu de verser tout excédent de revenus. À la première assemblée des créanciers, on procède généralement à la nomination d'inspecteurs qui ont une obligation fiduciaire envers la masse des créanciers, et à qui la Loi attribue des fonctions précises dans l'intérêt des créanciers, et notamment la vérification périodique des comptes du syndic, de même que l'approbation de l'état définitif des recettes et des débours de ce dernier, du bordereau de dividende, et de la disposition des biens non réalisés³⁷. Les inspecteurs conseillent généralement le syndic tout au long des procédures.

Toutes les personnes insolvable sont tenues d'assister à des séances de *consultation* sur la gestion de leurs finances, les signes avant-coureurs des difficultés financières, l'obtention et l'usage du crédit, et l'élaboration d'un plan financier.

³⁶ Par. 42(1) de la *LFI*.

³⁷ Art. 116-120 de la *LFI*, *Re Bryant Island & Co.* (1923), 4 C.B.R. 41 (Ont. S.C.) à la p. 48.

Pour les particuliers de même que pour les entreprises à propriétaire unique, et à condition qu'il s'agisse d'une première faillite, la libération est automatique neuf mois après la date de la cession volontaire ou de l'ordonnance de faillite, à moins que le syndic ne demande d'assortir la libération de conditions, ou qu'un créancier, le syndic ou le surintendant des faillites ne s'oppose à la libération. La *LFI* énumère quinze raisons pour lesquelles la libération du failli peut être refusée, suspendue ou accordée sous conditions, et notamment que la valeur des biens du failli n'est pas égale à cinquante cents par dollar de ses obligations non garanties, à moins que celui-ci ne prouve au tribunal que ce fait provient de circonstances dont il ne peut à bon droit être tenu responsable; le failli a continué son commerce après avoir pris connaissance de son insolvabilité; le failli n'a pas tenu un compte satisfaisant de ses pertes de biens; le failli a occasionné sa faillite, ou y a contribué, par des spéculations téméraires et hasardeuses, par une extravagance injustifiable dans son mode de vie, par le jeu ou par négligence coupable à l'égard de ses affaires commerciales³⁸. Le tribunal peut imposer des conditions à la libération d'un failli qui n'a pas fait les versements de revenu excédentaires convenus, ou qui a fait cession de ses biens plutôt que de faire une proposition qui aurait pu être viable.

Dans le cas des faillis dont c'est la deuxième faillite ou de ceux qui ne sont pas admissibles à une libération, le syndic doit, dans l'année qui suit le début de la faillite, s'adresser au tribunal pour demander la libération du failli³⁹. Le tribunal peut ordonner la libération absolue d'un failli dont c'est la première faillite⁴⁰, suspendre la libération, ou accorder une ordonnance de libération subordonnée à la réalisation de certaines conditions avant que la libération ne puisse devenir définitive⁴¹.

La faillite a pour effet d'offrir un « nouveau départ » sur le plan financier à la personne en affaires ou au débiteur consommateur. Le failli se retrouve libéré de la plupart de ses dettes. Il demeure responsable de certaines autres, notamment de toute indemnité pour dommages corporels, de toute dette ou obligation pour pension alimentaire, fraude, amende imposée par un tribunal, ou prêt étudiant lorsque la faillite est survenue avant la date à laquelle le failli a cessé d'être un

³⁸ Par. 173(1) de la *LFI*.

³⁹ Quand les modifications récentes à la *LFI* entreront en vigueur, les personnes dont c'est la deuxième faillite pourront bénéficier d'une libération automatique.

⁴⁰ Par. 172(2) de la *LFI*.

⁴¹ Par. 172(2) de la *LFI*. Les paragraphes 172(1) à (3) précisent que : 172. (1) À l'audition de la demande de libération, le tribunal peut accorder ou refuser une ordonnance de libération absolue, ou il peut suspendre l'exécution de l'ordonnance pour une période déterminée, ou accorder une ordonnance de libération subordonnée à des conditions relativement à des recettes ou à un revenu pouvant dans la suite échoir au failli ou relativement aux biens qu'il a subséquemment acquis. (2) Sur preuve de l'un des faits mentionnés à l'article 173, le tribunal, selon le cas : a) refuse la libération, b) suspend la libération pour la période qu'il juge convenable, c) exige du failli, comme condition de sa libération, qu'il accomplisse les actes, paie les montants d'argent, consente aux jugements ou se conforme aux autres conditions que le tribunal peut ordonner. (3) Lorsque, après l'expiration d'une année à compter de la date où une ordonnance est rendue en vertu du présent article, le failli prouve au tribunal qu'il n'existe pas de probabilité raisonnable qu'il soit en état de se conformer aux conditions de cette ordonnance, le tribunal peut modifier les conditions de l'ordonnance, ou de toute ordonnance y substituée, de la manière et aux conditions qu'il estime utiles.

étudiant, ou dans les sept ans suivant cette date⁴². Le concept de nouveau départ à la base de la *LFI* permet au failli de rétablir sa cote de crédit et le soulage du fardeau écrasant de ses dettes.

Pour les personnes morales constituées en société, la faillite a souvent pour effet d'entraîner la liquidation de l'entreprise et de tous ses biens pour rembourser les créanciers sur la base de la hiérarchie de leurs réclamations telle qu'édictée par la loi. À cet égard, la faillite constitue un moyen efficace de ramener dans l'actif de la faillite des biens tels que les comptes à recevoir pour une distribution équitable de leur produit entre les créanciers. Il arrive que l'entreprise soit préservée lorsque la poursuite de ses activités offre quelque intérêt. Parfois, l'entreprise est vendue en exploitation en tout ou en partie, dans le but de sauvegarder la valeur de l'entreprise et de son achalandage. Cependant, la plupart du temps, l'entreprise met fin à ses activités et ses dirigeants sont libres de se trouver un emploi ailleurs, ce qui constitue pour eux aussi un nouveau départ, même si celui-ci est d'un genre différent.

i. Réformes recommandées

Les modifications à la *LFI*, dont certaines sont entrées en vigueur en juillet 2008 et d'autres doivent le faire en 2009, règlent un bon nombre de problèmes qui avaient été identifiés dans la *LFI*. Pour ce qui est de ceux qui sont les plus pertinents à la faillite commerciale, la présente partie offre un bref résumé des dispositions destinées à simplifier le processus et à améliorer les droits des créanciers. Dans l'ensemble, les modifications visent à encourager les débiteurs à privilégier le régime des propositions sur celui de la faillite et de la liquidation, et elles simplifient autant l'un que l'autre en réduisant le besoin d'entreprendre des procédures coûteuses, en améliorant la protection des employés des entreprises insolubles, en offrant davantage de protection aux syndicats et aux professionnels de l'insolvabilité qui sont de bonne foi et qui font preuve de toute la diligence requise.

Les paragraphes 30(1) et 30(2) de la *LFI* énumèrent les pouvoirs que le syndic peut exercer avec la permission des inspecteurs. Ces derniers participent à l'administration de la faillite. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une petite entreprise et que les créanciers ne croient pas à ses perspectives de redressement, ils peuvent refuser d'engager les sommes requises pour engager des inspecteurs. Les modifications vont prévoir que le syndic puisse agir unilatéralement lorsque aucun inspecteur n'est nommé, pour éviter que l'entreprise ne se retrouve dans le vide. Cette dernière mesure devrait se révéler utile dans les cas de faillite de petites entreprises.

Le syndic sera tenu d'obtenir l'approbation du tribunal avant de vendre les biens du failli à une personne liée au failli ou d'en disposer en sa faveur⁴³. Cette nouvelle disposition vise à empêcher tout abus dans la vente de biens à des personnes liées par le truchement du processus de faillite. Les modifications indiquent également les facteurs dont le tribunal doit tenir compte avant d'ordonner la vente de biens à une personne liée au failli⁴⁴. Elles permettent à une personne liée d'acheter les biens d'un failli, ce qui devrait faciliter le règlement des faillites dont les biens sont en petit nombre, car ces personnes sont souvent les seules

⁴² Par. 178(1) de la *LFI*, tel que modifié par le Chapitre 36 L.C., entré en vigueur le 7 juillet 2008. Un étudiant peut demander à être libéré de toute dette ou obligation découlant d'un prêt étudiant après cinq ans, par. 178(1.1).

⁴³ Ajout proposé 30(4).

⁴⁴ Ajout proposé 30(6).

disposées à acheter l'entreprise. Cependant, ces dispositions contiendront également des mesures pour prévenir tout abus. En vertu de ces nouvelles dispositions, les séquestres pourront également s'adresser au tribunal pour obtenir l'autorisation de procéder à ce genre de vente⁴⁵.

À l'heure actuelle, les mesures pour assurer la protection des fournisseurs impayés créent un délai de trente jours entre la livraison et la reprise de possession qui permet à un fournisseur de reprendre possession des marchandises livrées au débiteur à certaines conditions. Ce délai de 30 jours cause problème, les fournisseurs ne disposant pas toujours du temps nécessaire pour agir. Les modifications vont porter ce délai de 30 à 45 jours; un fournisseur impayé pourra reprendre possession de marchandises livrées en tout temps dans les 30 jours qui auront précédé la faillite, et il disposera d'un délai de 15 jours après celle-ci pour ce faire. Ce délai additionnel de 15 jours est accordé aux fournisseurs pour leur permettre d'agir en défense de leurs intérêts⁴⁶. On peut s'interroger sur la question de savoir si les modifications atteindront le but souhaité, dans la mesure où le syndic disposera d'un délai de cinq jours après sa nomination pour envoyer les avis requis⁴⁷.

En ce qui concerne les réclamations de salaires des employés, la *LFI* a créé en leur faveur le 7 juillet 2008 une super() priorité limitée en cas de faillite ou de mise sous séquestre sur les biens (éléments d'actif à court terme) de l'entreprise, à concurrence de 2 000 \$ pour les salaires gagnés au cours des six mois précédant le début des procédures, et de 1 000 \$ pour les dépenses des voyageurs de commerce encourues pendant la même période. La réforme a créé également une super () priorité en faveur des réclamations relatives aux cotisations non versées à la caisse des régimes de retraite à la date où l'employeur fait faillite. Ces modifications offriront davantage de protection aux employés lorsque l'entreprise atteint le seuil de l'insolvabilité. Elles viennent compléter le nouveau Programme de protection des salariés qui prévoit le versement aux employés des salaires qui leur sont dus à concurrence de 3 000 \$ lorsqu'ils perdent leur emploi à la suite de la faillite ou de la mise sous séquestre de l'entreprise pour laquelle ils travaillent⁴⁸.

Lorsqu'elles entreront en vigueur, les modifications proposées aux articles 95, 96 et 96.1 créeront un cadre qui permettra de contester les transactions susceptibles de réduire la valeur de l'actif du débiteur insolvable et de réduire l'importance des sommes redistribuées aux créanciers. Ces transactions sont appelées préférences ou opérations sous-évaluées⁴⁹. Il y a préférence lorsqu'un débiteur insolvable paie un ou plusieurs de ses créanciers au détriment des autres. Une opération sous-évaluée est une transaction sur un bien ou un service sans contrepartie en faveur

⁴⁵ Modification proposée 243(1) c).

⁴⁶ La modification proposée au paragraphe 81.1 (1) prévoit le cas où le débiteur dépose les marchandises chez un mandataire, un entrepôt par exemple. Les tribunaux ont décidé dans le passé que, dans un tel cas, le fournisseur ne disposait d'aucun recours pour reprendre possession des marchandises. En second lieu, la réforme donne au fournisseur le droit de demander à être remis en possession de ses marchandises dans un délai de 15 jours suivant la faillite du débiteur ou de la mise sous séquestre des biens du débiteur, aux conditions prévues par ce paragraphe.

⁴⁷ Art. 102 de la *LFI*.

⁴⁸ La *Loi sur le Programme de protection des salariés* est entrée en vigueur le 7 juillet 2008. La définition de « salaire » englobe les gages et l'indemnité de vacances, mais non l'indemnité de départ ou de cessation d'emploi.

⁴⁹ Les dispositions actuelles portent sur les règlements, les transactions révisables et les préférences, et elles seront remplacées par les nouvelles dispositions.

du débiteur ou dans laquelle la contrepartie qui lui est remise est manifestement inférieure à la valeur du marché. On examinera ces transactions à divers moments selon que l'autre partie a ou non un lien de dépendance avec le débiteur.

Un certain nombre des modifications touchent l'insolvabilité personnelle. Cependant, lorsqu'une entreprise individuelle n'est pas constituée en société, le débiteur est considéré comme un particulier. Le paragraphe 68(3) des modifications proposées exige du syndic qu'il vérifie si le failli dispose de revenus excédentaires à chaque fois qu'il constate un changement important dans la situation du failli. Si le syndic constate que tel est le cas, il doit fixer le montant du revenu excédentaire payable à l'actif de la faillite, en informer le séquestre officiel et les créanciers, et prendre les mesures raisonnables nécessaires pour que le failli effectue les paiements requis⁵⁰. Le tribunal peut modifier une ordonnance pour tenir compte des changements survenus dans la situation du failli⁵¹. Ces changements permettent aux paiements de revenus excédentaires de refléter la capacité de payer du débiteur commercial.

Le paragraphe 104(1) de la *LFI* va être modifié pour inciter davantage de créanciers à participer au processus en leur fournissant l'information dont ils ont besoin pour prendre des décisions éclairées, y compris un agenda comprenant les questions qui doivent être traitées lors d'une assemblée des créanciers, avec les explications nécessaires. Ici encore, la modification vise les cas de faillite personnelle, mais elle peut s'appliquer aux entreprises individuelles. Les modifications vont favoriser la participation des créanciers en prévoyant qu'une demande pour la tenue de la première assemblée des créanciers ne doit pas obligatoirement être faite dans les 30 jours de la faillite. À l'heure actuelle, la loi exige qu'un créancier ou le séquestre officiel demande la tenue d'une assemblée des créanciers dans les 30 jours de la faillite. L'élimination de cette restriction aura pour effet d'inciter les créanciers à participer au processus d'administration sommaire des faillites.

Si une personne dont c'est la première faillite a été tenue de faire des versements en vertu de l'article 68, elle est automatiquement libérée 21 mois après la date de la faillite, à moins qu'un avis d'opposition n'ait été déposé avant que la libération automatique ne prenne effet. Les personnes qui en sont à une deuxième faillite pourront également être automatiquement libérées à certaines conditions. Celles qui afficheront un revenu excédentaire devront poursuivre leurs versements plus longtemps, et seront automatiquement libérées 36 mois après la date de leur faillite⁵². L'augmentation du nombre de cas dans lesquels un particulier peut être

⁵⁰ Cependant, si le syndic détermine que le failli n'a pas de revenu excédentaire, il doit quand même transmettre cette information au séquestre officiel, de même qu'à tout créancier qui en a fait la demande. Le paragraphe 68(5) des modifications prévoit que si le séquestre officiel estime que le failli est en mesure de payer un montant qui diffère substantiellement de celui qu'a fixé le syndic, le séquestre officiel recommande au syndic le montant à verser. Le syndic peut alors fixer un nouveau montant, en informer le séquestre officiel et les créanciers, et prendre les mesures raisonnables nécessaires pour que le failli se conforme à son obligation d'effectuer les versements requis, Chapitre 36, *supra*, note 16.

⁵¹ Nouveau paragraphe 68(12).

⁵² La personne qui en est sa deuxième faillite est admissible à la libération automatique 24 mois après la date de sa faillite à moins qu'un avis d'opposition n'ait été déposé, ou que le failli ne soit tenu d'effectuer des versements en vertu de l'article 68. Si tel est le cas, la personne dont c'est la deuxième faillite est admissible à la libération automatique 36 mois après la date de la faillite, à moins qu'un avis d'opposition n'ait été déposé avant que la libération ne prenne effet.

automatiquement libéré a pour effet de simplifier le processus de faillite en éliminant le besoin de comparaître devant le tribunal dans certains cas.

Les modifications proposées à l'article 172.1 vont introduire une nouvelle procédure pour la libération des particuliers qui ont une dette fiscale très importante, et notamment les propriétaires uniques d'entreprises non constituées en sociétés. Cette mesure vise les particuliers qui ont une dette fiscale fédérale ou provinciale au titre de l'impôt sur le revenu qui dépasse les 200 000 \$ incluant le capital, l'intérêt et les pénalités, dans les cas où le solde dû représente au moins 75 % du total des réclamations non garanties prouvées. Les modifications proposées visent à assurer que les faillis qui ont une dette fiscale importante ne puissent se prévaloir du régime de l'insolvabilité en payant leurs autres créanciers au détriment du gouvernement. Ces personnes ne seront pas admissibles à la libération automatique, et elles devront présenter une demande de libération qui, dans le cas d'une personne n'ayant jamais fait faillite auparavant, ne pourra être entendue que 9 mois après la date de la faillite si le failli n'était pas tenu de faire des versements à l'actif de la faillite en vertu de l'article 68, et 21 mois après la date de la faillite dans tout autre cas⁵³.

La demande de libération d'un failli qui a une dette fiscale importante au titre de l'impôt sur le revenu et qui a déjà fait faillite une première fois ne pourra être entendue avant l'expiration d'un délai de 24 mois après la date de sa faillite s'il n'est pas tenu d'effectuer de versements en vertu de l'article 68, ou 36 mois après la date de sa faillite dans tout autre cas⁵⁴. La demande de libération d'un failli qui a déjà fait faillite deux fois ou plus ne peut être entendue avant que 36 mois ne se soient écoulés depuis la date de la faillite⁵⁵.

Les modifications proposées au paragraphe 172.1 (3) indiquent quelle décision peut être rendue par le tribunal lorsqu'il entend la demande de libération d'un failli. Il peut en effet refuser la libération, suspendre la libération, ou exiger du failli, comme condition de sa libération, qu'il accomplisse les actes, paie les montants d'argent, consente aux jugements ou se conforme aux autres conditions que le tribunal peut ordonner⁵⁶. Le tribunal doit tenir compte de certains facteurs lorsqu'il doit se prononcer sur la libération d'un failli, notamment sa situation au moment où la dette fiscale a été contractée, les efforts qu'il a déployés pour la rembourser, les versements qu'il a effectués, le cas échéant, à l'égard d'autres dettes tout en omettant de déployer les efforts voulus pour rembourser sa dette fiscale, et sa situation financière à venir⁵⁷. N'est cependant pas visée la somme relative aux

⁵³ Ajout proposé 172.1 (1) a), 2007, c. 36, non encore en vigueur en date du 28 février 2009.

⁵⁴ Ajout proposé 172.1 (1) b), 2007, *ibid*.

⁵⁵ Ajout proposé 172.1 (1) c), 2007, *ibid*.

⁵⁶ *Ibid*. L'ajout proposé 172.1 (2) précise que le syndic doit donner au failli un préavis de cinq jours avant de s'adresser au tribunal pour lui demander de fixer une date pour l'audition de la demande de libération du failli.

⁵⁷ *Ibid*. Ajout proposé 172.1 (4). L'ajout proposé 172.1(5) prévoit que s'il ordonne la suspension de la libération du failli, le tribunal précise dans l'ordonnance que celui-ci est tenu, en plus de fournir mensuellement au syndic un état de ses revenus et dépenses, de produire toute déclaration de revenu exigée par la loi. L'ajout proposé 172.1(6) permet au tribunal de modifier les conditions après l'expiration d'une année à compter de la date où une ordonnance est rendue si le failli prouve au tribunal qu'il n'existe pas de probabilité raisonnable qu'il soit en état de se conformer aux conditions de cette ordonnance. L'ajout proposé 172.1 (7) permet au tribunal d'exercer concurremment le pouvoir d'assujettir la libération du failli à des conditions ou de la suspendre. Le paragraphe 172.1 (8) contiendra une définition de « dette fiscale » pour les fins de l'article (2007, c. 36, non encore mis en vigueur en date du 28 février 2009).

obligations d'une personne morale dont un particulier peut être responsable en qualité d'administrateur ou d'ancien administrateur de celle-ci.⁵⁸

Les modifications proposées à l'article 243 confèrent au tribunal le pouvoir de nommer un séquestre habilité à agir à l'échelle nationale, éliminant de ce fait le besoin de s'adresser aux tribunaux de plusieurs provinces pour leur demander de nommer un séquestre, ce qui a pour effet de faciliter les procédures d'insolvabilité commerciale. Les dispositions relatives à la nomination d'un séquestre intérimaire vont être resserrées au chapitre de la durée de son mandat⁵⁹. Sous l'autorité du tribunal, le séquestre intérimaire est habilité à prendre des mesures conservatoires, à disposer sommairement des marchandises périssables ou susceptibles de se déprécier rapidement, et à exercer sur l'entreprise du débiteur le degré de contrôle que le tribunal estime nécessaire.

La Partie XIII de la LFI est également modifiée pour adopter en large part la loi type élaborée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'insolvabilité internationale pour faciliter le traitement des dossiers d'insolvabilité commerciale en contexte international.

2. Propositions

La proposition est de plus en plus perçue comme une solution de rechange à la faillite, tant pour les particuliers que pour les entreprises. En 2008, on a pu régler 17 992 dossiers d'actif de particuliers et d'entreprises par voie d'une proposition. La valeur des biens en jeu s'élevait à 1 645 347 669 \$ alors que les dettes correspondantes atteignaient les 3 003 984 348 \$. Les syndicats sont parvenus à réaliser 360 239 869 \$, et les dividendes versés aux créanciers ont atteint les 201 948 809⁶⁰. En 2007, les créanciers sont parvenus à réaliser 21,7 % de la valeur de leur réclamation contre leur débiteur dans le contexte d'une proposition⁶¹ en vertu de la LFI. C'est bien davantage que ce que les créanciers, et surtout les créanciers non garantis, peuvent espérer recevoir dans le contexte d'une faillite.

L'entreprise insolvable peut se prévaloir de deux types de propositions sous le régime de la *LFI* : la proposition de Section I, et dans certains cas, la proposition de Section II.

i. Proposition de Section I

Tant les particuliers que les entreprises peuvent se prévaloir de la proposition de Section I, et on y recourt fréquemment quand les dettes dépassent les 75 000 \$, et qu'il n'est plus possible de recourir à une proposition de Section II⁶². La présente analyse se penche seulement sur la proposition commerciale de la Section I, qu'elle soit présentée par une entreprise constituée en société commerciale, une

⁵⁸ *Ibid.* Ajout proposé 172.1 (8). Dans ces cas, l'administrateur peut être tenu responsable des dettes de la société du fait du poste qu'il occupe. L'intention de la réforme est de cibler très précisément les faillis qui n'ont pas acquitté leur impôt sur le revenu, et non de mettre la main sur ceux qui sont réputés être responsables du paiement des impôts dus par une tierce partie.

⁵⁹ Ajout proposé 47(1).

⁶⁰ Les frais d'administration des propositions se sont élevés à 224 728 745 \$ en 2006.

⁶¹ BSF, Stephanie Cavanaugh, 2008. Les chiffres de 2008 ne sont pas encore disponibles.

⁶² Veuillez noter que le montant du seuil de l'admissibilité à la Section II sera porté à 250 000 \$ lorsque le chapitre 36 entrera en vigueur.

société de personnes, ou un particulier dont les dettes commerciales représentent au moins 50% du total de toutes ses dettes.

En vertu de la Section I, un débiteur peut faire une proposition à ses créanciers, ou déposer un avis de son intention de faire une proposition⁶³. Souvent, le débiteur a besoin de temps pour préparer sa proposition, et la loi lui permet donc de déposer un avis d'intention de faire une proposition, ce qui lui donne le temps d'élaborer une stratégie de relance. Un syndic de proposition évalue la capacité du débiteur à faire une proposition, surveille le processus, et aide le débiteur à déposer la documentation obligatoire. Le processus de la Section I est très codifié, ce qui lui confère un certain degré de certitude et de prévisibilité au bénéfice aussi bien des débiteurs que des créanciers.

Le dépôt d'un avis d'intention de faire une proposition suspend automatiquement les procédures pour une période de trente jours, et le tribunal a le pouvoir de prolonger cette suspension pour des périodes de 45 jours à un maximum de six mois. La suspension donne au débiteur la marge de manoeuvre nécessaire pour élaborer une proposition acceptable aux créanciers⁶⁴. Le débiteur doit déposer un état de l'évolution de l'encaisse auprès du syndic, et ce dernier doit déposer un rapport sur le caractère raisonnable de cet état⁶⁵. Quand le débiteur a une proposition à présenter à ses créanciers, une assemblée est convoquée au cours de laquelle les créanciers se prononcent par vote sur le plan proposé⁶⁶. La loi exige que la proposition soit acceptée par une majorité en nombre et une majorité des deux tiers en valeur des créanciers non garantis de chaque catégorie de créanciers⁶⁷. Si le débiteur réunit les voix nécessaires, la proposition est soumise au tribunal pour son approbation⁶⁸.

La *LFI* définit clairement les exigences auxquelles la proposition doit répondre, que ce soit au chapitre de la priorité des réclamations, des honoraires et des dépenses du syndic, de certaines réclamations de la Couronne, et des montants dus aux employés lorsque le débiteur est une entreprise⁶⁹. Le tribunal a le pouvoir d'annuler une proposition en cas de défaut d'exécution de l'une ou l'autre de ses dispositions lorsque l'approbation du tribunal a été obtenue par fraude, ou qu'il apparaît au tribunal que la proposition ne peut être maintenue sans injustice ni retard indu⁷⁰.

Bien que la proposition de la Section I ait été à l'origine conçue à l'intention des petites et des moyennes entreprises afin de leur offrir un mécanisme efficace et peu coûteux pour la conclusion d'un accommodement avec leurs créanciers leur permettant d'éviter la faillite et la liquidation, elle est de plus en plus utilisée par des particuliers dont la dette dépasse le plafond prévu pour la proposition de la Section II. Cette situation est susceptible de changer lorsque les modifications à la *LFI* entreront en vigueur, dans la mesure où le plafond prévu à la Section II passera à 250,000 \$⁷¹.

⁶³ Par. 50(1) et art. 50.4 de la *LFI*.

⁶⁴ Art. 50.4 de la *LFI*.

⁶⁵ Par. 50.4 (2) de la *LFI*.

⁶⁶ Art. 51, 54 de la *LFI*.

⁶⁷ Art. 54, 62 de la *LFI*.

⁶⁸ Art. 58, 59 de la *LFI*.

⁶⁹ Art. 60 de la *LFI*.

⁷⁰ Art. 63 de la *LFI*.

⁷¹ Lois du Canada, Chapitre 36, *supra*, note 16.

ii. Proposition de Section II

Le particulier qui a des dettes inférieures à 75 000 \$, à l'exclusion d'une hypothèque sur sa résidence principale, peut faire à ses créanciers une proposition de la Section II⁷². Ces dispositions constituent un moyen de régler les plus petites faillites de façon rapide et peu coûteuse. Le nombre des propositions de la Section II n'a cessé d'augmenter depuis l'introduction de ce recours en 1993⁷³. En 2006, on en recense plus de 19 200, à comparer avec 2 200 en 1993⁷⁴. La proposition de Section II est présentée à tous les créanciers dans leur ensemble, mais elle ne lie pas les créanciers garantis qui n'ont pas déposé de preuve de réclamation⁷⁵.

Une proposition de la Section II est une proposition de consommateur. Le « débiteur consommateur » est défini dans la *LFI* comme une « personne physique qui est un failli ou est insolvable et dont la somme des dettes, à l'exclusion de celles qui sont garanties par sa résidence principale, n'excède pas soixante-quinze mille dollars. »⁷⁶ Cependant, le propriétaire unique d'une entreprise qui répond au critère du montant de la dette et que le BSF définit à des fins statistiques comme un particulier dont au moins 50 % de l'endettement est attribuable à ses affaires peut se prévaloir de la Section II pour faire une proposition. Les données utilisées dans cette étude ne visaient que les particuliers dont l'endettement commercial représentait plus de 50 % de leurs dettes totales.

Une procédure sous la Section II débute avec une démarche du débiteur pour obtenir l'assistance d'un administrateur dans la préparation d'une proposition, et la fourniture à cet administrateur de l'information prescrite relativement à sa situation financière actuelle⁷⁷. Les fonctions de l'administrateur, un syndic ou tout autre professionnel de l'insolvabilité, sont énoncées dans la loi⁷⁸.

Un failli peut aussi faire une proposition, mais elle doit être approuvée par les inspecteurs de l'actif, et le failli doit avoir obtenu l'assistance d'un syndic qui agira comme administrateur de la proposition.

L'administrateur procède à une enquête sur les biens du débiteur et sa situation financière afin de déterminer avec un degré de précision raisonnable l'état de sa situation et les causes de son insolvabilité. L'administrateur offre ses services de *consultation* conformément aux instructions émises par le BSF; puis il prépare la proposition, la fait signer par le débiteur et la dépose auprès du séquestre officiel⁷⁹. Dans les dix jours qui suivent, l'administrateur prépare un rapport sur les résultats de son enquête de même que son opinion sur le caractère juste et raisonnable de la proposition faite par le débiteur au(x) créancier(s), sur les chances du débiteur de pouvoir la mettre en oeuvre, un état abrégé de l'actif et du passif du débiteur, de

⁷² Deux débiteurs dont la dette totale ne dépasse pas 75 000 \$ peuvent faire une proposition conjointe. Dans les circonstances prévues par les instructions du surintendant, les propositions de certains débiteurs consommateurs peuvent être traitées comme une seule proposition de consommateur lorsque la nature des rapports financiers qui existent entre eux le justifie. Art. 66.12 (1.1) de la *LFI*.

⁷³ BSF, p. 37.

⁷⁴ *Ibid.* Les données plus récentes ne sont pas encore disponibles.

⁷⁵ Art. 66.28 de la *LFI*.

⁷⁶ Art. 66.11 de la *LFI*. Ce plafond sera porté à 250 000 \$ lorsque les nouvelles dispositions seront mises en vigueur.

⁷⁷ Par. 66. 13 (1) de la *LFI*.

⁷⁸ Art. 66.13 de la *LFI*.

⁷⁹ Par. 66. 13 (2) de la *LFI*.

ses revenus et de ses dépenses, et la liste des créanciers dont les réclamations dépassent deux cent cinquante dollars⁸⁰.

Une proposition de la Section II doit prévoir le remboursement de toutes les réclamations prioritaires, de même que le paiement de tous les honoraires et dépenses, tels que prescrits, de l'administrateur se rapportant aux procédures occasionnées par la proposition, et de ceux de toute personne se rapportant aux consultations données par celle-ci⁸¹. La proposition doit également indiquer de quelle façon seront distribués les dividendes. L'exécution d'une proposition prend généralement de trois à cinq ans.

L'administrateur transmet à tous les créanciers connus une copie de la proposition et de son rapport, la formule prescrite pour l'établissement d'une preuve de réclamation, et une déclaration expliquant qu'une assemblée des créanciers ne sera convoquée que si le séquestre officiel, dans les quarante-cinq jours suivant le dépôt de la proposition de consommateur, enjoint à l'administrateur de convoquer une assemblée des créanciers, ou si des créanciers représentant en valeur au moins vingt-cinq pour cent des réclamations prouvées lui en font la demande⁸². Dans la plupart des cas, il n'est pas nécessaire de réunir les créanciers pour voter sur la proposition.

Les créanciers disposent de 45 jours pour décider s'ils acceptent ou rejettent la proposition. S'ils n'y répondent pas, ils sont réputés l'avoir acceptée. Si un nombre suffisant de créanciers accepte la proposition, elle lie le débiteur et les créanciers. La proposition est réputée avoir été acceptée par les créanciers si, à l'expiration des 45 jours suivant son dépôt, l'administrateur n'est pas tenu de convoquer une assemblée des créanciers⁸³. Aucune audition n'est nécessaire devant le tribunal à moins que l'administrateur n'ait reçu de demande à cet effet de la part du séquestre officiel ou de toute autre partie intéressée dans les 15 jours de l'acceptation, ou de l'acceptation réputée, de la proposition. En l'absence d'une telle demande, la proposition est réputée avoir été acceptée par le tribunal⁸⁴. Il s'agit donc d'une procédure simple et peu coûteuse, qui permet de gagner du temps en réunions de créanciers et auditions du tribunal lorsque les créanciers et le séquestre officiel ne s'y opposent pas. À la fin du processus, l'administrateur remet un Certificat d'exécution intégrale d'une proposition au débiteur et au séquestre officiel.

Si les créanciers rejettent la proposition, la suspension des procédures tombe, et les créanciers sont en mesure d'exercer leurs recours. Si la proposition est acceptée et que le débiteur se retrouve en défaut d'exécution par la suite, le tribunal peut, sur demande, annuler la proposition. Une proposition de la Section II est réputée annulée, dans le cas où les paiements prévus par la proposition doivent être effectués mensuellement ou plus fréquemment, le jour où le débiteur est en défaut pour une somme correspondant à au moins trois de ces paiements, et, dans le cas où les paiements doivent être effectués moins fréquemment que mensuellement, à l'expiration d'un délai de trois mois suivant le jour où le débiteur est en défaut par rapport à n'importe quel paiement⁸⁵. Il y a exception à la règle de l'annulation réputée lorsque le tribunal en a déjà décidé autrement ou qu'une

⁸⁰ Art. 66.14 de la *LFI*.

⁸¹ Par. 66. 12 (6) de la *LFI*.

⁸² Art. 66.15 de la *LFI*.

⁸³ Art. 66.18 de la *LFI*.

⁸⁴ Art. 66.22 de la *LFI*.

⁸⁵ Art. 66.31 de la *LFI*.

modification de la proposition a été déposée antérieurement à l'annulation présumée⁸⁶.

Le tribunal peut également annuler une proposition s'il apparaît au tribunal que le débiteur consommateur n'était pas, au moment du dépôt de la proposition, habilité à la faire, ou que celle-ci ne peut être maintenue sans injustice ni retard indu, ou encore que l'approbation du tribunal a été obtenue par fraude⁸⁷.

Sur annulation d'une proposition de la Section II, et si le débiteur était insolvable avant de faire la proposition, les créanciers du débiteur peuvent réclamer le montant qui leur était dû avant la proposition, moins tout montant qu'il a pu leur payer pendant la proposition. Si le débiteur était en faillite lorsque la proposition a été faite et que le tribunal annule la proposition par la suite, le débiteur retrouve son statut de failli à la date de l'annulation.

Le BSF fait état d'un taux de succès d'environ 70 % pour les propositions de la Section II. Quant aux autres 30 %, il est important d'établir à quel point le défaut d'exécution est survenu, comme nous le verrons plus loin dans la Partie VII. À titre de comparaison, le taux d'échec sous le régime du Chapitre 13 du *Bankruptcy Code* des États-Unis est deux fois supérieur⁸⁸.

Les professeurs Ziegel, Telfer et Duggan ont suggéré qu'il peut y avoir deux explications à l'augmentation du nombre des propositions de la section II depuis le milieu des années 1990, la première étant que, en 1997, des modifications à la LFI ont contraint les débiteurs à verser leur revenu excédentaire, et la deuxième, que la structure des honoraires prévue dans les règlements a été complètement modifiée en 1998 pour inciter davantage les syndicats à recommander aux débiteurs de faire une proposition de consommateur⁸⁹.

iii. Réformes recommandées

On retrouve d'importantes modifications aux dispositions sur les propositions dans le projet de réforme de la LFI qui visent à améliorer la capacité des débiteurs-entrepreneurs à se restructurer et à mettre en oeuvre un plan de relance viable.

⁸⁶ Art. 66.31 de la LFI.

⁸⁷ Art. 66.30 de la LFI.

⁸⁸ Jacob Ziegel, Anthony Duggan et Thomas Telfer, *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law, Cases, Text and Materials* (Toronto: Emond Montgomery, 2003), à la p. 614. Ces auteurs suggèrent que la raison pour laquelle le taux américain est supérieur est que le ratio des cas Chapitre 13/Chapitre 5 aux États-Unis est à peu près le double du ratio propositions de consommateurs/faillites au Canada, ce qui semblerait indiquer qu'un certain nombre de débiteurs américains choisissent de faire une proposition alors qu'ils devraient plutôt opter pour la liquidation, et que les consommateurs américains ont dans le passé été davantage incités à opter pour le Chapitre 13, même lorsque les perspectives de succès de leur proposition n'apparaissaient pas très bonnes. Parmi ces facteurs incitatifs, signalons le plafond beaucoup plus élevé pour les dettes admissibles sous le régime du Chapitre 13 qui permet aux débiteurs de modifier les droits des créanciers garantis, sauf dans le cas où la garantie porte sur la résidence principale du débiteur et prévoit la possibilité de renoncer au droit d'invoquer un défaut ou d'y remédier. Par ailleurs, la liste des dettes dont le débiteur ne peut se libérer est plus courte dans le Chapitre 13 que dans le Chapitre 7. Enfin, le Chapitre 13 prévoit la possibilité pour les tribunaux d'accorder un allègement en cas de difficultés, même si ce pouvoir est rarement utilisé. *Ibid.* aux art. 612 et 614.

⁸⁹ *Ibid.* à l'art. 613.

Ces dispositions seront particulièrement utiles aux PME dans la mesure où elles codifient des droits et des attentes en matière de restructuration.

Les modifications proposées par le Chapitre 36 à l'article 50 de la LFI visent à augmenter le nombre des propositions en établissant des règles claires qui permettront mieux aux débiteurs de conclure des accommodements avec leurs créanciers. Ces modifications exigeront le dépôt d'un formulaire imposé, ce qui devrait introduire un peu plus de cohérence dans le processus⁹⁰. Le nouvel alinéa 50(6) a) prévoira la production d'un état de l'évolution de l'encaisse sur une base à tout le moins mensuelle par le débiteur, et la révision de cet état par le syndic pour en vérifier le caractère raisonnable⁹¹. Cet état devra être signé tant par la personne faisant la proposition que par le syndic de la proposition. Les modifications proposées devraient ajouter de la transparence au système et permettre aux créanciers d'avoir des informations plus précises pour déterminer s'ils participeront au processus, et à compter de quand.

Le nouveau paragraphe 50(12.1) précisera que, dans les cas où le tribunal déclare que la proposition est réputée avoir été refusée par les créanciers, l'article 57, qui énonce les conséquences de ce rejet, s'appliquera, tout comme si les créanciers l'avaient eux-mêmes rejetée⁹². Le nouvel alinéa 50.4(7) c) est censé introduire une certaine transparence dans le système en exigeant du syndic qu'il transmette sans délai aux créanciers un rapport sur tout changement négatif important dès qu'il est informé dudit changement⁹³.

Les modifications se trouveront à codifier pour la première fois la possibilité d'avoir recours à du financement intérimaire pendant la durée d'une proposition. Le financement intérimaire permet à une entreprise en difficultés financières de poursuivre ses activités pendant qu'elle tente de restructurer sa dette. L'élément le plus important est l'obtention par le prêteur d'une charge prioritaire pour la valeur de son prêt, ce qui se trouve à réduire le risque et à augmenter les chances de trouver un prêteur bien disposé. Bien que les tribunaux aient à plusieurs reprises statué qu'ils avaient ce pouvoir en vertu de leur compétence inhérente⁹⁴, les modifications ont pour effet de clarifier l'existence de ce pouvoir, et d'aligner les dispositions de la LFI avec celles de la LACC.

Le nouvel article 50.6 donnera au tribunal le pouvoir de grever d'une charge le bien d'un débiteur en contrepartie d'un financement intérimaire, à l'intérieur de certaines limites. Dans sa décision, le tribunal devra tenir compte, entre autres, de la durée prévue des procédures intentées à l'égard du débiteur sous le régime de la LFI; de la façon dont les affaires financières et autres du débiteur seront gérées au cours de ces procédures; de la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants; de la question de savoir si le prêt favorisera la présentation d'une proposition viable à l'égard du débiteur; de la nature et la valeur des biens du débiteur; de la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l'un ou l'autre des créanciers du débiteur; et de l'opinion du syndic. Ces critères constituent essentiellement une codification des facteurs

⁹⁰ Modification proposée au par. 50(2) de la LFI, Lois du Canada, Chapitre 36, *supra*, note 15.

⁹¹ L'ajout proposé au paragraphe 50(2.1) fera en sorte que le séquestre officiel reçoive les documents en temps utile. Lois du Canada, chapitre 36, *supra*, note 16.

⁹² Lois du Canada, chapitre 36, *supra*, note 16.

⁹³ L'ajout de l'alinéa 50.4 (8) b.1) dispensera le séquestre officiel d'avoir à s'en remettre au rapport du syndic pour émettre un certificat de cession.

⁹⁴ Voir par exemple, *Re Bearcat Explorations Ltd.* (2004), 3 C.B.R. (5th) 167 (Alta Q.B.).

employés précédemment par les tribunaux pour se prononcer sur une demande de financement intérimaire.

La *LFI* sera également modifiée pour subordonner les réclamations relatives à des capitaux propres dans une proposition⁹⁵. Quand un investisseur a placé de l'argent dans une entreprise par suite de représentations frauduleuses et qu'il a essuyé une perte financière de ce fait, cet investisseur dispose d'un recours en justice contre l'entreprise, les administrateurs et toute autre participant à cette fraude. Cependant, lorsque l'entreprise traverse des difficultés financières, le législateur a décidé que les réclamations de ce type contre l'entreprise débitrice devaient être subordonnées aux réclamations des autres créanciers. Les modifications projetées à l'article 140.1 de la *LFI* placent les actionnaires au bas de la liste des priorités pour ce qui est de récupérer leurs pertes. Dans une proposition, contrairement au cas d'une faillite où la liste de distribution est préétablie, le paiement des réclamations est fonction des négociations entre les parties. Pour réduire le pouvoir des personnes qui réclament des fonds propres, la réforme proposée enlève à ces créanciers le droit de voter sur la proposition à moins que le tribunal n'en décide autrement⁹⁶. Le paragraphe 60(1.7) précisera qu'aucune proposition prévoyant le remboursement d'une réclamation relative à des fonds propres ne pourra être approuvée par le tribunal, à moins que la proposition ne prévoit que toutes les réclamations d'un autre type devront être entièrement payées avant qu'une réclamation relative à des fonds propres ne puisse être payée.

Le nouvel alinéa 60(1.3)a) verra à ce que les réclamations de salaires impayés soient satisfaites dans une proposition. La disposition empêchera un tribunal d'approuver une proposition à moins que celle-ci ne prévoit le paiement des réclamations de salaire tout de suite après l'approbation de la proposition à concurrence d'un montant au moins égal à celui de leur sûreté en vertu de l'alinéa 136(1) d) de la *LFI*. Dans une proposition, les salariés ne sont pas admissibles au nouveau Programme de protection des salariés (PPS), parce que ce programme ne vise que les cas de faillite ou de mise sous séquestre de l'employeur⁹⁷. La réforme assure une cohérence dans la façon dont on traite les salariés dont l'employeur fait faillite ou est mis sous séquestre, et les salariés dont l'employeur procède à une restructuration de ses affaires.

Les modifications créent une nouvelle priorité pour les réclamations relatives à un régime de retraite qui doivent être incluses dans une proposition. Quand un débiteur entreprend un redressement sous le régime des dispositions de la *LFI* sur les propositions, les dettes, y compris celles dues à un régime de retraite, peuvent faire l'objet d'une transaction. Pourtant, les droits de retraite peuvent constituer une partie importante de la rémunération d'un salarié, même s'il s'agit d'un revenu différé. Pour les salariés, une diminution de leurs prestations de retraite peut avoir une incidence négative sur le niveau de leurs revenus dans l'avenir. La réforme vise à hausser le niveau de la priorité accordée aux cotisations non versées à un régime de retraite. Sont assujettis à la priorité les montants suivants : les cotisations déduites du salaire des employés mais non encore versées dans le régime de retraite, les cotisations dues par un employeur pour le coût de certains avantages offerts par le régime de retraite, à l'exclusion de tout montant destiné à

⁹⁵ Voir Janis Sarra, « From Subordination to Parity, An International Comparison of Equity Securities Law Claims in Insolvency Proceedings », (2007) *International Insolvency Review* 1-52.

⁹⁶ Ajout proposé – Art. 54.1.

⁹⁷ La *Loi sur le Programme de protection des salariés* faisait partie des modifications au droit de l'insolvabilité qui sont entrées en vigueur le 7 juillet 2008, Lois du Canada, c. 36, (partiellement en vigueur seulement).

couvrir des engagements non capitalisés, et les cotisations dues par un employeur à un régime de retraite à cotisations déterminées⁹⁸.

Lorsque certains engagements n'ont pas été capitalisés et qu'une réclamation est faite, elle est considérée comme une créance non garantie. Comme l'approbation du tribunal est requise pour donner effet à une proposition de la section I, interdire au tribunal d'approuver une proposition qui ne prévoit pas le paiement des cotisations non versées décrites plus haut équivaut à consentir une super-priorité aux cotisations aux régimes de retraite. Cette dernière se trouve toutefois restreinte par le jeu du 60(1.6) qui accorde une certaine latitude au tribunal pour permettre la conclusion d'un arrangement sur les obligations envers un régime de retraite lorsque les parties y consentent et que l'organisme chargé de leur réglementation donne son approbation. Cette disposition devrait connaître un usage restreint⁹⁹.

Dans le cas d'une proposition, et contrairement à une faillite, les biens de la débitrice et la préparation de la proposition qui sera faite aux créanciers demeurent sous le contrôle des administrateurs qui sont alors en mesure d'avoir une influence négative ou positive sur la restructuration. Cependant, dans la plupart des cas, l'information qu'ils détiennent sur l'historique de l'entreprise et ses activités a une valeur inestimable dans la mise au point d'un plan de relance viable. Le droit des sociétés impose aux administrateurs une obligation fiduciaire d'agir dans les meilleurs intérêts de l'entreprise, même s'il peut être difficile de faire respecter cette obligation. Les modifications prévues à la *LFI* visent à régler rapidement les cas qui posent problème. Plus particulièrement, le nouveau paragraphe 64(1) prévoit que le tribunal peut, sur demande de toute partie intéressée, révoquer par ordonnance tout administrateur d'un débiteur s'il est convaincu que l'administrateur compromet ou compromettra vraisemblablement la possibilité de faire une proposition viable à l'égard de la débitrice, ou agit ou agira vraisemblablement de façon inacceptable dans les circonstances. Le tribunal aura le pouvoir de remplacer tout administrateur démis par ordonnance rendue en vertu du paragraphe 64(1)¹⁰⁰.

Les modifications proposées vont également codifier le pouvoir du tribunal d'ordonner l'indemnisation des administrateurs pour la durée d'une proposition. En effet, les administrateurs doivent composer avec une loi qui engage leur responsabilité personnelle, notamment quant aux salaires et aux taxes, lorsque l'entreprise qu'ils servent traverse des difficultés financières. Certains des textes de

⁹⁸ Les engagements relatifs à la capitalisation des régimes de retraite, et notamment les paiements spéciaux ou paiements de solvabilité ordonnés par l'organisme de réglementation mais non encore versés à la caisse du régime, ne se sont pas vus octroyer une priorité plus élevée.

⁹⁹ Les modifications proposées aux articles 50 à 62 visent à encourager les débiteurs à se prévaloir des dispositions sur les propositions de la *LFI*. Les modifications au par. 62(1) visent pour leur part à clarifier la liste des documents qui doivent être déposés par le syndic auprès du séquestre officiel. Quant aux modifications apportées au par. 62(2) et à l'ajout du par. 62(2.1), ils visent à assurer que la protection offerte par l'art. 178 ne soit perdue que lorsqu'un créancier vote pour la proposition et que celle-ci prévoie explicitement une transaction sur une créance visée par l'art. 178. En effet, il existait une possibilité que les détenteurs de ce genre de créance renoncent par inadvertance à leur réclamation en votant en faveur de la proposition; la nouvelle phraséologie du par. 62(2.1) élimine toute ambiguïté. La nature-même de la réglementation sur les régimes de retraite au Canada exerce aussi des effets sur certains aspects de cet article. Cette réglementation est tour à tour fédérale ou provinciale. L'article couvre les deux.

¹⁰⁰ Nouveau par. 64(2) de la *LFI*.

loi leur permettent d'opposer une défense de diligence, mais pas tous. Il existe un risque que les administrateurs démissionnent plutôt que d'accepter une responsabilité personnelle supplémentaire, et laissent l'entreprise sans direction expérimentée au moment où elle en a justement le plus besoin. Le but de la réforme est d'accorder dans certains cas une plus grande protection aux administrateurs et aux dirigeants contre toute responsabilité personnelle qui pourrait leur être attribuée dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour des motifs échappant à leur contrôle. Les administrateurs pourraient ainsi être convaincus en plus grands nombres de rester en poste, ce qui augmenterait les possibilités de mener les restructurations à bon port.

Les modifications au paragraphe 64.1 (1), donneront le pouvoir au tribunal de déclarer que tout ou partie des biens de la société débitrice sont grevés d'une charge ou sûreté en faveur d'un ou de plusieurs de ses administrateurs ou dirigeants, ladite charge ou sûreté ayant pour but de les indemniser pour l'exécution des obligations qu'ils peuvent contracter en cette qualité après le dépôt de l'avis d'intention ou de la proposition. Le tribunal ne rend pas une telle ordonnance s'il est convaincu que l'entreprise est en mesure de se procurer une assurance responsabilité pour les administrateurs et dirigeants à un coût raisonnable. Le tribunal peut ordonner que la charge ou la sûreté prenne rang devant les réclamations des créanciers garantis¹⁰¹. Il peut aussi déclarer que la charge ou la sûreté ne s'applique pas dans le cas d'une obligation particulière ou de la responsabilité d'un administrateur ou d'un dirigeant s'il estime que celle-ci découle de sa négligence grossière ou de son inconduite délibérée ou, au Québec, de sa faute lourde ou intentionnelle¹⁰².

L'article 64.2 sera ajouté pour assurer la participation efficace des intéressés, directement dans le cas des créanciers importants, et indirectement s'ils font partie d'un groupe d'actionnaires ou d'intéressés dans le cadre d'une proposition. Le tribunal aura le pouvoir d'accorder à certaines parties une charge ou une sûreté sur les biens d'un débiteur s'il estime que la chose est nécessaire pour assurer une participation efficace des intéressés aux procédures¹⁰³. Le tribunal aura le pouvoir d'ordonner que cette charge ou sûreté prenne rang devant toute réclamation d'un créancier garanti du débiteur¹⁰⁴. Le tribunal ne pourra rendre d'ordonnance à l'endroit d'une personne physique à moins que celle-ci n'exploite une entreprise, et seuls les biens acquis ou utilisés dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise pourront être grevés¹⁰⁵.

Les modifications au paragraphe 65.1 (1) de la *LFI* entrées en vigueur le 7 juillet 2008, sont venues préciser que la protection contre les effets des clauses de type *ipso facto*, qui accordent le droit de mettre fin à une entente au dépôt d'une proposition ou d'un avis d'intention, joue également dans le cas des contrats de

¹⁰¹ Nouveau par. 64.1 (2) de la *LFI*.

¹⁰² Nouveau par. 64.1 (4) de la *LFI*.

¹⁰³ Lois du Canada, Chapitre 36, *supra*, note 16; nouveau par. 64.2(1) de la *LFI*. Le tribunal peut rendre une ordonnance grevant la totalité ou une partie des biens du débiteur d'une sûreté ou d'une charge d'une valeur qu'il juge indiquée dans les circonstances relativement (a) aux honoraires et aux dépenses du syndic, y compris les honoraires et les dépenses des experts — notamment en finance et en droit — dont il retient les services dans le cadre de ses fonctions, (b) des experts dont la personne retient les services dans le cadre de procédures intentées, et (c) des experts dont tout autre intéressé retient les services, si, à son avis, la charge ou sûreté était nécessaire pour assurer sa participation efficace aux procédures.

¹⁰⁴ *Ibid.*, nouveau par. 64.2 (2) de la *LFI*.

¹⁰⁵ *Ibid.*, nouveau par. 64.2 (3) de la *LFI*.

garantie¹⁰⁶. Cette modification devrait empêcher toute possibilité d'abuser des clauses *ipso facto* qui permettent de mettre fin à une entente pour le seul motif de l'institution de procédures en insolvabilité, et non pour un défaut d'exécution quelconque.

Quand un débiteur entreprend un processus de redressement sous le régime des dispositions de la *LFI* sur les propositions, il le fait dans le but de réduire ses dettes et ses obligations. Parmi les obligations qu'il peut vouloir renégocier se trouvent les contrats en cours. Le nouvel article 65.11 vise à permettre à un débiteur de se décharger du fardeau de certains contrats qui contribuent aux difficultés financières qu'il éprouve, et qui peuvent constituer un obstacle à la réussite d'une relance. Dans l'esprit de la réforme, le débiteur pourra mettre fin unilatéralement à une entente ou la désavouer, sous réserve de certaines restrictions¹⁰⁷.

En vertu des modifications projetées au régime des propositions, le débiteur ne pourra mettre fin unilatéralement à certains contrats, notamment les contrats financiers admissibles, les conventions collectives, les conventions de prêt lorsque le débiteur est l'emprunteur, ou les baux d'immeubles lorsque le débiteur est le locateur¹⁰⁸.

Les tierces parties auront le droit de contester en justice la résiliation d'un contrat¹⁰⁹. Les modifications précisent les facteurs que le tribunal doit prendre en compte dans sa décision d'annuler le contrat, et notamment de la position du syndic à ce sujet, les chances que cette résiliation améliorent les perspectives de déposer une proposition viable, ou qu'elle occasionne de sérieuses difficultés financières à l'une ou l'autre des parties¹¹⁰. Le contrat est résilié si cette résiliation n'est pas contestée dans les 30 jours du préavis du débiteur, ou à la date postérieure fixée par le tribunal, si ce dernier rejette la contestation ou s'il ordonne la résiliation du contrat¹¹¹.

Si le débiteur a autorisé par contrat une personne à utiliser un droit de propriété intellectuelle, la résiliation n'empêche pas la personne de l'utiliser ni d'en faire respecter l'utilisation exclusive, à condition qu'elle respecte ses obligations contractuelles à l'égard de l'utilisation de ce droit, et ce pour la période prévue au contrat et pour toute période additionnelle dont elle peut et décide de se prévaloir de son propre gré¹¹².

En cas de résiliation du contrat, toute partie à celui-ci qui subit des pertes découlant de la résiliation est réputée avoir une réclamation prouvable¹¹³. Dans les cinq jours qui suivent la date à laquelle une partie au contrat le lui demande, le débiteur lui expose par écrit les motifs de son projet de résiliation¹¹⁴.

On retrouve également des nouvelles dispositions pour les entreprises débitrices syndiquées qui s'appliquent pendant les procédures de proposition, et qui visent à introduire un certain degré de certitude dans les rapports entre les travailleurs syndiqués et les entreprises qui les emploient. Ainsi, Si la personne insolvable à

¹⁰⁶ Lois du Canada, Chapitre 36, *supra*, note 16.

¹⁰⁷ *Ibid.*, nouvel art. 65.11 de la *LFI*.

¹⁰⁸ *Ibid.*, nouveau par. 65.11 (2) de la *LFI*.

¹⁰⁹ *Ibid.*, nouveau par. 65.11 (3) de la *LFI*.

¹¹⁰ *Ibid.*, nouveau par. 65.11 (5) de la *LFI*.

¹¹¹ *Ibid.*, nouveau par. 65.11 (6) de la *LFI*.

¹¹² *Ibid.*, nouveau par. 65.11 (7) de la *LFI*.

¹¹³ *Ibid.*, nouveau par. 65.11 (8) de la *LFI*.

¹¹⁴ *Ibid.*, nouveau par. 65.11 (9) de la *LFI*.

l'égard de laquelle a été déposé un avis d'intention aux termes de l'article 50.4 ou une proposition aux termes du paragraphe 62(1) est partie à une convention collective à titre d'employeur et qu'elle ne peut s'entendre librement avec l'agent négociateur sur la révision de tout ou partie de la convention collective, elle pourra demander au tribunal de l'autoriser, par ordonnance, à transmettre à l'agent négociateur un avis de négociations collectives conformément aux règles de droit provinciales ou fédérales applicables¹¹⁵.

Les modifications recommandées visent également à offrir plus de flexibilité au débiteur dans la gestion de ses biens tout en limitant les risques d'abus. Il sera interdit à la personne insolvable à l'égard de laquelle a été déposé un avis d'intention ou une proposition de disposer, notamment par vente, de biens hors du cours ordinaire de ses affaires sans l'autorisation du tribunal¹¹⁶. Le tribunal pourra autoriser la vente ou la disposition même en l'absence de toute approbation par les actionnaires. S'agissant d'une personne insolvable en affaires, le tribunal ne pourra ordonner la vente et la disposition d'autres biens que ceux qui ont été acquis aux fins de l'entreprise et qui sont utilisés à celles-ci.

Les demandes présentées en vertu de cet article devront avoir fait l'objet d'un préavis aux créanciers susceptibles d'être touchés par le projet de disposition. Pour décider s'il accorde l'autorisation, le tribunal prendra en considération, entre autres, les facteurs suivants : la justification des circonstances ayant mené au projet de disposition, l'acquiescement du syndic au processus ayant mené au projet de disposition, le cas échéant, le dépôt par celui-ci d'un rapport précisant que, à son avis, la disposition sera plus avantageuse pour les créanciers que si elle était faite dans le cadre de la faillite, la suffisance des consultations menées auprès des créanciers, les effets du projet de disposition sur les droits de tout intéressé, notamment les créanciers, et le caractère juste et raisonnable de la contrepartie reçue pour les biens compte tenu de leur valeur marchande¹¹⁷.

Le nouvel article 65.13 (5) règlera le cas d'une vente à une personne liée. Si la personne insolvable projette de disposer de biens en faveur d'une personne à laquelle elle est liée, le tribunal, après avoir pris ces facteurs en considération, ne

¹¹⁵ *Ibid.*, nouveau par. 65.12 (1) de la *LFI*. Il sera nécessaire d'obtenir une ordonnance parce que le droit du travail prévoit à quel moment particulier peut être signifié un avis de négociations collectives. Le par. 2 énonce les conditions qui doivent être réunies pour que le tribunal rende une telle ordonnance. En vertu des modifications recommandées, la partie insolvable pourra continuer à négocier avec les autres, et remettre une proposition à ses créanciers avant l'expiration des délais prévus dans les lois du travail pertinentes. Le par.3 prévoira que le vote des créanciers sur la proposition ne pourra être retardé pour la seule raison que le délai imparti par les règles de droit applicables aux négociations collectives entre les parties à la convention collective n'aura pas expiré. Le par. (6) précisera que toute convention collective que la personne insolvable et l'agent négociateur n'auront pas convenu de réviser demeurera en vigueur. Le par. 65.12(4) prévoira que l'agent négociateur sera réputé avoir une réclamation à titre de créancier non garanti pour une somme équivalant à la valeur des concessions accordées pendant les négociations avec la personne insolvable. Le par. 65.12 (5) autorisera, sur demande de l'agent négociateur partie à la convention collective et sur avis aux personnes intéressées, le tribunal à ordonner à toute personne intéressée de communiquer au demandeur tous renseignements qu'elle a en sa possession ou à sa disposition — sur les affaires et la situation financière de la personne insolvable — qui ont un intérêt pour les négociations collectives. Le par. 65.12 (6) viendra préciser que le tribunal n'a pas le pouvoir d'imposer à sa discrétion des modifications à une convention collective.

¹¹⁶ *Ibid.*, nouvel art. 65.13 de la *LFI*.

¹¹⁷ Nouveau par. 65.13 (4) de la *LFI*.

peut accorder l'autorisation que s'il est convaincu : d'une part, que les efforts voulus ont été faits pour disposer des biens en faveur d'une personne qui n'est pas liée à la personne insolvable, et, d'autre part, que la contrepartie offerte pour les biens est plus avantageuse que celle qui découlerait de toute autre offre reçue dans le cadre du projet de disposition. Pour l'application du paragraphe (5), les personnes ci-après seront considérées comme liées à la personne insolvable : le dirigeant ou l'administrateur de celle-ci, la personne qui, directement ou indirectement, en a ou en a eu le contrôle de fait, la personne liée à l'une ou l'autre de ces autres personnes.

Le tribunal pourra autoriser la disposition des biens de la personne insolvable, purgés de toute charge, sûreté ou autre restriction, et, le cas échéant, il sera tenu d'assujettir le produit de la disposition ou certains autres de ses biens à une charge, sûreté ou autre restriction en faveur des créanciers touchés par la purge¹¹⁸. Il ne pourra autoriser la disposition que s'il est convaincu que la personne insolvable est en mesure d'effectuer et effectuera les paiements qui auraient été exigés en vertu des alinéas 60(1.3)a) et (1.5)a) s'il avait approuvé la proposition¹¹⁹.

Les modifications ont été conçues dans le but de faciliter le recours aux propositions commerciales tout en offrant certaines protections fondamentales aux créanciers contre d'éventuels abus de procédures. Au 31 mars 2009, ces dispositions n'avaient toujours pas été mises en vigueur.

IV. INSOLVABILITÉ COMMERCIALE AU CANADA

Il est utile de faire un survol de la problématique de l'insolvabilité commerciale au Canada avant de se pencher sur les données particulières de notre étude. Il est tout aussi pertinent de placer en perspective le nombre d'entreprises qui connaissent l'échec avec le nombre total de celles qui sont actives.

1. Survol

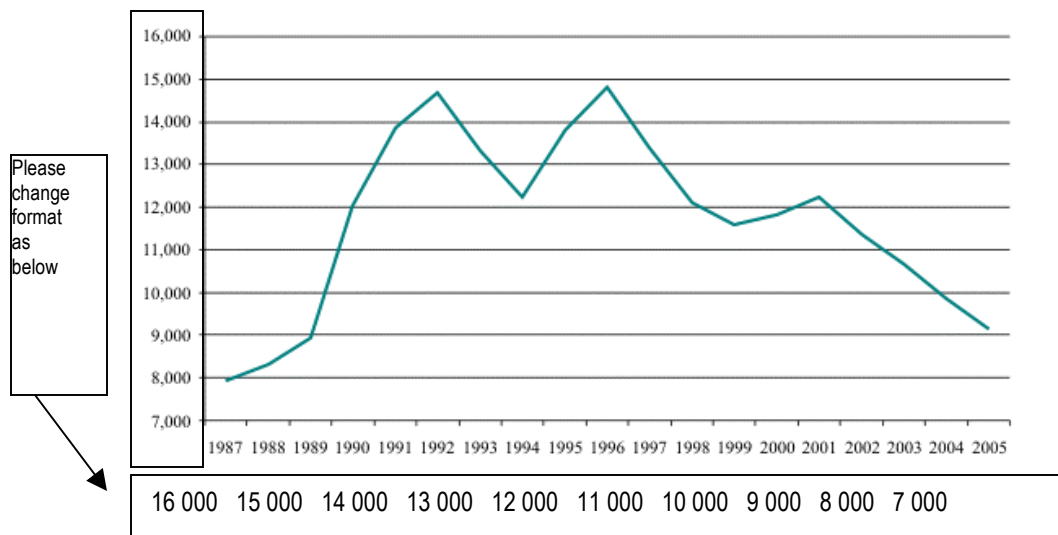
Le Registre des entreprises de Statistique Canada tient un compte des entreprises au pays. Pour entrer dans cette catégorie, elles doivent répondre à l'un ou l'autre des critères minimaux suivants : compter au moins un employé pour lequel les retenues à la source sont remises à l'Agence du revenu du Canada, avoir un chiffre d'affaires annuel d'au moins 30 000 \$, être constituée en société et avoir produit une déclaration d'impôt sur le revenu au moins une fois au cours des trois dernières années. En date du mois de juin 2008, on comptait plus de 2,3 millions d'entreprises actives au pays. Ce chiffre constitue une importante toile de fond aux 7 445 cas d'insolvabilité commerciale de la dernière année.

¹¹⁸ Nouveau par. 65.13 (7) de la *LFI*.

¹¹⁹ Nouveau par. 65.13 (8) de la *LFI*. En vertu du par. 66(1.1), le tribunal, pour décider s'il rend l'ordonnance visée au paragraphe 84.1(1), prend en considération, en plus des facteurs visés au paragraphe 84.1(3), l'acquiescement du syndic au projet de cession, le cas échéant. Lorsqu'il entrera en vigueur, le nouveau par. 66(1.3) précisera que pour l'application du par. (1), l'interrogatoire prévu au paragraphe 161(1) aura lieu lorsque la personne à l'égard de laquelle a été déposé un avis d'intention aux termes de l'article 50.4 ou une proposition aux termes du paragraphe 62(1) se présentera devant le séquestre officiel, avant l'approbation de la proposition par le tribunal ou sa mise en faillite.

Le nombre de cas d'insolvabilité commerciale a été en augmentation constante jusque vers la fin des années 1980 et, depuis le début des années 1990, la tendance s'est inversée¹²⁰. Comme l'illustre le graphique 1 plus bas, on comptait 7 900 cas d'insolvabilité commerciale en 1987. Le BSF rapporte que la récession de 1990 à 1992 a porté ce nombre à 14 700 en 1992; par la suite, la reprise économique allait le réduire à 12 200 en 1994¹²¹. Le nombre de cas d'insolvabilité allait atteindre un sommet de 14 800 en 1996, pour ensuite se mettre à décliner assez régulièrement depuis.¹²² En 2005, 9 100 dossiers d'insolvabilité commerciale ont été déposés auprès du BSF, soit une baisse de 39 % par rapport au sommet atteint en 1996¹²³. Comme nous le soulignons dans notre introduction, ce chiffre a baissé encore à 7 612 en 2007, puis à 7 445 en 2008. La tendance est de nouveau en train de bouger avec l'aggravation de la crise financière en 2009.

**Graphique 1 :
Insolvabilité commerciale, Canada 1987-2005
Bureau du surintendant des faillites**



On constate également une autre tendance dans la croissance du nombre de propositions de restructuration jusqu'à un sommet en 2003, à partir de quoi on observe un déclin. Le nombre de propositions commerciales a connu une augmentation annuelle moyenne de 14 % de 1993 à 2002, qui se partage assez également entre les entreprises incorporées (sic) et les entreprises non incorporées¹²⁴. La chute comparative du nombre de faillites par rapport au nombre de propositions commerciales s'explique, dans la mesure où, depuis les modifications de 1992 et 1997 à la *LFI*, la politique publique a fait de la réhabilitation des entreprises insolvable une priorité. L'un des objectifs de la réforme de la *LFI* en 1992 était de promouvoir le recours à la proposition commerciale de préférence à la faillite en introduisant des mesures susceptibles d'améliorer les chances de succès des propositions commerciales et de faciliter

¹²⁰ *L'insolvabilité commerciale au Canada : une analyse nationale et régionale de la période 1987-2005*, BSF, décembre 2006

[http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/InsolvabiliteCommercialeCanada1987-2005.pdf/\\$FILE/InsolvabiliteCommercialeCanada1987-2005.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/InsolvabiliteCommercialeCanada1987-2005.pdf/$FILE/InsolvabiliteCommercialeCanada1987-2005.pdf).

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

leur acceptation par les créanciers¹²⁵. Au début de 2007, le BSF rapportait qu'environ une proposition commerciale sur deux était vouée à l'échec et allait déboucher sur une faillite, en soulignant que cette proportion pouvait varier largement d'un secteur économique à l'autre¹²⁶.

Pour ce qui est des données générales les plus récentes, le BSF rapporte que le nombre de cas d'insolvabilité commerciale a diminué de 2,2 % en 2008 comparativement à l'année précédente, alors que le nombre total des cas d'insolvabilité s'est accru de 13,2 % au cours de la même période, ce qui signifiait que l'augmentation du nombre de cas à l'échelle nationale était largement due aux cas d'insolvabilité personnelle.¹²⁷ Au cours de la même période, le nombre de cas de faillite commerciale diminuait de 2 %, et celui des propositions commerciales, de 2,9 %. Ces chiffres indiquent un ralentissement du déclin général observé dans le nombre des cas d'insolvabilité commerciale, alors que les chiffres correspondants pour l'année précédente s'établissaient respectivement à 6,6 % et 7,4 %. Même si les chiffres de 2008 ne marquaient encore aucune hausse, les premiers chiffres de 2009 semblent pointer dans cette direction.

Le BSF rapporte également que le nombre de sociétés qui se sont prévaluées de la *LFI* est demeuré relativement stable en 2006 et 2007, tandis que le nombre d'entreprises à propriétaire unique qui y avaient recours diminuait de près de 10 % au cours de la même période. Le tableau 1 illustre les différences dans le nombre total des dossiers en 2006 et 2007. Les chiffres de 2008 ne sont pas encore disponibles.

Tableau 1

Insolvabilité au Canada 2006—2007, Rapport annuel du BSF			
	2006	2007	Variation
Total (commerciale et personnelle)	106 629	108 830	2,1 %
Commerciale	8 179	7 624	-6,8 %
Faillites d'affaires	6 756	6 307	-6,6 %
Propositions	1 423	1 317	-7,4 %
Corporations	2 494	2 499	0,2 %
Entreprises individuelles	5 685	5 125	-9,9 %

Dans le tableau 1 ci-dessus, les chiffres des propositions englobent les propositions de Section I déposées par les corporations et les entreprises individuelles, et les propositions de la Section II déposées par les entreprises individuelles. L'expression « entreprise individuelle » est employée par le BSF pour désigner une entreprise non constituée en société, par opposition à une corporation. Par conséquent, une société de personnes peut figurer dans la catégorie des entreprises non constituées en société, alors qu'une co-entreprise constituée figurera dans la catégorie des corporations.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ BSF, *Statistiques sur l'insolvabilité au Canada — Quatrième trimestre de 2008*, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br02113.html>

2. Variations régionales

On observe d'importantes variations régionales en insolvabilité commerciale au Canada. L'analyse des faillites commerciales par région révèle que l'Ontario et le Québec en comptaient de loin le plus grand nombre, et affichaient 75 % de tous les cas d'insolvabilité commerciale au pays en 2008, comme le montre le tableau 2 ci-dessous¹²⁸. Le tableau 2 présente les chiffres des dossiers d'insolvabilité commerciale par province et par territoire.

En 2008, le nombre de cas d'insolvabilité commerciale s'est accru de 6,7% au Québec par rapport à l'année précédente, alors qu'il augmentait de 32,8 % au Nouveau-Brunswick et de 33,3 % au Yukon, même si le nombre de cas d'insolvabilité est très faible au Yukon. Dans toutes les autres provinces, les chiffres de l'insolvabilité commerciale étaient en baisse sur l'année précédente. En 2007, le Québec était la seule province à connaître un accroissement des cas d'insolvabilité commerciale sur l'année précédente, avec une augmentation de 8,8 %. En termes de biens et de dettes, les chiffres des faillites sont beaucoup plus élevés en Ontario si on les compare à ceux du Québec, comme l'indique le tableau 2. Même si le nombre d'actifs insolvable était comparable dans les deux provinces à 2 711 pour le Québec et 2 852 pour l'Ontario, la valeur totale des biens en jeu dans les cas d'insolvabilité commerciale en Ontario était de près du double de celle du Québec, et celle des dettes dépassait le double. Bien que la Colombie-Britannique et l'Alberta aient enregistré une diminution de 6,7 % et 5,4 % respectivement du nombre de cas sur l'année précédente, les données comparables s'établissaient à 18,6% et 32,9 % en 2007, ce qui indique un renversement de tendance dans le nombre d'entreprises en difficultés financières.

Au chapitre des faillites, l'Ontario et le Québec se classaient en tête dans les statistiques nationales. Même si le nombre des faillites était moins élevé en Colombie-Britannique, la valeur totale des dettes des entreprises était plus élevée dans cette province. Le nombre de cas d'insolvabilité en Alberta était comparable à celui de la Colombie-Britannique, mais la valeur totale des biens et des dettes était plus basse qu'en Colombie-Britannique.

Même si l'on pouvait observer une baisse substantielle du nombre de cas d'insolvabilité commerciale au Yukon, à Terre-Neuve et au Labrador de même qu'au Nunavut, les chiffres sont si peu élevés qu'ils ne revêtent aucune importance statistique à l'échelle du pays. Avec 205 cas en 2008, la Saskatchewan en comptait 25,2 % de moins que l'année précédente, ce qui était aussi le cas de la Nouvelle-Écosse qui, avec un total de 193 cas, enregistrait une baisse de 15,4 % en 2008 comparée à l'année précédente. Les valeurs moyenne et médiane des biens et des dettes ne sont pas disponibles pour l'ensemble. Cependant notre étude nous a permis d'en faire le calcul pour notre cohorte de 5 515 entreprises, et nous le commentons plus bas.

¹²⁸ BSF, *Statistiques sur l'insolvabilité au Canada – 2008*, [http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/Rapport%20annuel%202008_fra.pdf/\\$file/Rapport%20annuel%202008_fra.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/Rapport%20annuel%202008_fra.pdf/$file/Rapport%20annuel%202008_fra.pdf), tableau 4.

Tableau 2
Insolvabilité commerciale par région, 2008
Bureau du surintendant des faillites¹²⁹

	Volume			2008	
	2008	2007	Variation en %	Biens déclarés au moment du dépôt (\$)	Dettes déclarées au moment du dépôt (\$)
Terre-Neuve et Labrador	40	54	-25,9	12 767 894	179 361 670
Faillites	39	52	-25,0	12 767 894	179 361 670
Propositions	1	2	-50,0	0	0
Île-du-Prince-Édouard	20	37	-45,9	1 294 574	6 297 400
Faillites	14	32	-56,3	600 173	3 091 730
Propositions	6	5	20,0	694 401	3 205 670
Nouvelle-Écosse	193	228	-15,4	23 006 568	85 139 048
Faillites	162	206	-21,4	18 597 810	77 367 711
Propositions	31	22	40,9	4 408 758	7 771 337
Nouveau-Brunswick	243	183	32,8	22 522 337	77 734 811
Faillites	196	151	29,8	16 328 680	61 776 495
Propositions	47	32	46,9	6 193 657	15 958 316
Québec	2 711	2 541	6,7	396 340 825	1 713 931 879
Faillites	2 157	2 035	6,0	290 258 586	987 098 968
Propositions	554	506	9,5	106 082 239	726 832 911
Ontario	2 852	3 041	-6,2	672 360 121	4 687 564 156
Faillites	2 437	2 585	-5,7	602 480 360	4 272 086 325
Propositions	415	456	-9,0	69 879 761	415 477 831
Manitoba	112	112	0,0	28 923 636	77 390 016
Faillites	103	102	1,0	28 082 240	76 428 757
Propositions	9	10	-10,0	841 396	961 259
Saskatchewan	205	274	-25,2	56 910 210	114 943 032
Faillites	150	204	-26,5	34 461 963	71 480 733
Propositions	55	70	-21,4	22 448 247	43 462 299

¹²⁹ *Ibid.*

Alberta	524	554	-5,4	163 644 771	669 345 457
Faillites	447	449	-0,4	154 499 538	639 596 209
Propositions	77	105	-26,7	9 145 233	29 749 248
Colombie-Britannique	540	579	-6,7	263 290 240	783 852 349
Faillites	454	470	-3,4	242 536 823	704 104 448
Propositions	86	109	-21,1	20 753 417	79 747 901
Territoires du Nord-Ouest	1	4	-75,0	11 300	44 100
Faillites	1	2	-50,0	11 300	44 100
Propositions	0	2	-100,0	0	0
Yukon	4	3	33,3	236 842	765 105
Faillites	4	3	33,3	236 842	765 105
Propositions	0	0	—	0	0
Nunavut	0	2	-100,0	0	0
Faillites	0	2	-100,0	0	0
Propositions	0	0	—	0	0
Canada	7 445	7 612	-2,2	1 641 309 318	8 396 369 023
Faillites	6 164	6 293	-2,0	1 400 862 209	7 073 202 251
Propositions	1 281	1 319	-2,9	240 447 109	1 323 166 772

Comme l'illustre le tableau 3, la ventilation des entreprises insolvable par région se compare à celle des entreprises par région, ce qui tend à démontrer qu'au Canada, seule une faible proportion des entreprises canadiennes connaît un échec financier¹³⁰.

¹³⁰ Statistique Canada rapporte ce qui suit : « Environ la moitié des établissements commerciaux sont appelés « établissements employeurs », car ils ont au moins un employé (peut-être le propriétaire). L'autre moitié regroupe les établissements dits « indéterminés », car ils ne comptent aucun employé enregistré auprès de l'ARC. Ces établissements peuvent en effet n'avoir aucun effectif (il peut s'agir d'entités purement théoriques répondant néanmoins à l'un des critères à respecter pour être reconnues en tant qu'établissements commerciaux) ou avoir recours uniquement à des travailleurs contractuels, aux propriétaires ou à des membres de leur famille. La catégorie « établissements indéterminés » a été créée parce que l'on ne possède aucune information sur l'effectif de ces entreprises. » <http://www.ic.gc.ca/eic/site/sbrp-rppe.nsf/fra/rd02343.html>.

Tableau 3 : Nombre total d'établissements commerciaux et nombre d'établissements par rapport à la population provinciale ou territoriale et au produit intérieur brut, juin 2008

Province ou territoire	Nombre d'établissements commerciaux			Nombre d'établissements par 1 000 habitants	PIB par établissement commercial (en milliers de dollars)
	Total	Établissements employeurs	Établissements indéterminés ¹		
Source : Statistique Canada, <i>Registre des entreprises</i> , juin 2008; <i>Comptes nationaux des revenus et dépenses</i> , 2007; <i>Estimations de la population selon l'âge et le sexe pour le Canada, les provinces et les territoires</i> , juin 2008. Note 1 : La catégorie « établissements indéterminés » comprend les établissements appartenant à des entreprises constituées ou non en société, qui ne sont pas titulaires d'un compte de retenues salariales auprès de l'Agence du revenu du Canada. Leur effectif peut être composé de travailleurs contractuels, des propriétaires ou de membres de leur famille.					
Terre-Neuve et Labrador	26 861	17 877	8 984	52,8	1 081
Île-du-Prince-Édouard	10 524	6 021	4 503	75,5	431
Nouvelle-Écosse	55 648	30 711	24 937	59,5	598
Nouveau-Brunswick	42 866	25 987	16 879	57,0	616
Québec	470 130	237 938	232 192	60,7	634
Ontario	904 019	370 134	533 885	70,1	644
Manitoba	75 824	35 090	40 734	63,4	641
Saskatchewan	90 851	36 920	53 931	89,9	563
Alberta	338 642	150 546	188 096	96,4	768
Colombie-Britannique	364 540	170 692	193 848	82,3	522
Territoire du Yukon	2 881	1 571	1 310	91,4	586
Territoires du Nord-Ouest	2 668	1 614	1 054	62,8	1 717
Nunavut	859	618	241	27,6	1 596
Total – Canada	2 386 313	1 085 719	1 300 594	71,8	642

Bien que leurs données ne soient pas entièrement comparables vu la façon dont Statistique Canada définit une entreprise, les tableaux 2 et 3 démontrent que la plupart d'entre elles se maintiennent en activité. Ainsi, moins de 1 % de toutes les entreprises du Québec et de l'Ontario ont plongé dans l'insolvabilité en 2008, malgré leur nombre relativement élevé de cas.

Le BSF rapporte également le nombre de cas d'insolvabilité commerciale par mille entreprises au Canada. Ces données sont présentées dans le graphique 2 ci-après. À l'échelle nationale, le nombre de cas par mille était de 3,2 en 2007, soit en

diminution de 0,3 sur l'année précédente¹³¹. Les statistiques comparables de 2008 ne sont pas encore disponibles.

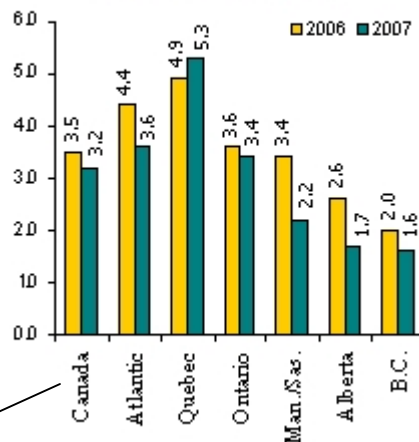
La région Manitoba/Saskatchewan a connu une diminution importante de 1,2 par mille pour s'établir à 2,2 par mille¹³². C'est la Colombie-Britannique et l'Alberta qui ont le taux par mille le plus faible, affichant chacune respectivement un taux de 1,6 et 1,7.

Le Québec était la seule province à connaître une augmentation de ce taux sur l'année précédente, avec un résultat de 5,3 cas par mille en 2007¹³³. On observe donc un changement dans la proportion des entreprises faillies, le Québec s'affichant comme la province où cette proportion est la plus élevée par rapport au nombre total de ses entreprises en activité. Cette même proportion est restée relativement stable en Ontario en 2007, à 3,4 par mille.

Graphique 2¹³⁴

Nombre de cas d'insolvabilité commerciale par mille entreprises, Canada et région

Number of business insolvency cases per thousand businesses, Canada and regions



Canada, Atlantique, Québec, Ontario, Man./Sask., Alberta, C.-B.

Le taux de croissance du PIB et les changements dans le marché du travail pourraient expliquer certaines différences régionales tant dans les statistiques de l'insolvabilité commerciale que personnelle en 2007. Le BSF rapporte que malgré une augmentation de 1,6 % de l'emploi en Ontario, 64 300 emplois ont été perdus

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

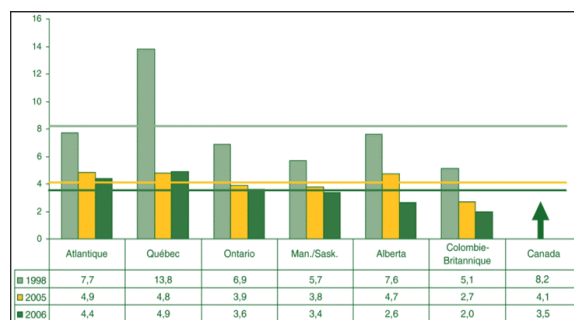
¹³⁴ *L'insolvabilité au Canada en 2007*, BSF, à la p. 2, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01783.html>.

dans le secteur manufacturier en 2007¹³⁵, et qu'au Québec, l'emploi a augmenté de 2,3 %, mais que les entreprises exportatrices ont connu des difficultés, le secteur manufacturier perdant 43 000 emplois cette année-là¹³⁶. Dans les quatre autres grandes régions, le BSF souligne que la croissance économique a surtout été alimentée par le cours élevé des matières premières. L'emploi s'est accru de 4,7 % et 3,2 % respectivement en Alberta et en Colombie-Britannique¹³⁷. En 2007, le taux de chômage était inférieur à 5 % dans les trois régions de l'Ouest, alors qu'il dépassait les 6 % dans les trois régions de l'Est¹³⁸.

Se penchant sur les données de l'insolvabilité commerciale sur une plus longue période dans le graphique qui suit, le BSF rapporte le taux d'insolvabilité commerciale par mille entreprises dans chaque grande région de 1998 à 2006. Ces données ne cadrent pas avec celles de Statistique Canada que nous avons vues plus haut, dans la mesure où les deux organismes n'ont pas la même définition d'« entreprise ».

Le BSF rapporte que le nombre de cas d'insolvabilité commerciale par mille entreprises est passé de 8,2 en 1998 à 3,5 en 2006. Au cours de cette période le taux a baissé dans toutes les provinces. Au Québec, on peut observer une baisse importante entre 1998 et 2006, le taux passant de 13,8 cas par millier, le chiffre le plus élevé du Canada à l'époque, à 4,9. En 2006, le Québec affichait encore le taux le plus élevé, suivi de la région de l'Atlantique, à 4,4 cas par millier, de l'Ontario, à 3,6, du Manitoba/Saskatchewan à 3,4, et de l'Alberta à 2,6. La Colombie-Britannique était la région du Canada affichant le taux le plus bas au Canada, avec 2 cas d'insolvabilité par mille entreprises. Comme nous l'avons vu plus haut dans le graphique 1, le taux du Québec est passé à 5,3 en 2007, alors que celui de la Colombie-Britannique baissait à 1,6 par millier.

Graphique 3
Nombre de cas d'insolvabilité commerciale par mille entreprises et par
grande région du Canada, 1998-2006¹³⁹



¹³⁵ *L'insolvabilité au Canada en 2007*, à la p. 2. <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01783.html>,

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ BSF, *supra*, note 100 (sic)

En résumé, ces chiffres démontrent un changement dans les tendances régionales de croissance économique en faveur de l'Ouest et au détriment de l'Ontario et du Québec, occasionnant de ce fait une augmentation des cas d'insolvabilité commerciale dans ces régions. Cependant, tous ces chiffres sont susceptibles de changer en 2009, les syndicats annonçant une croissance exponentielle du nombre de cas d'insolvabilité personnelle et commerciale. Bien que les résultats du premier trimestre ne soient pas encore disponibles, le BSF rapporte une hausse de 25,3 % du nombre de cas d'insolvabilité pour le seul mois de février 2009 par rapport au même mois en 2008, avec une augmentation de 22,1 % du nombre des faillites, et de 37,5 % du nombre des propositions¹⁴⁰.

3. Insolvabilité commerciale par grand secteur économique

Le tableau 4 ci-après contient les données de l'insolvabilité commerciale par grand secteur économique, telles que colligées par le BSF. Les données résumées dans cette partie sont soit celles de 2007, soit celles de 2008, les données ventilées pour cette année n'étant pas encore toutes disponibles. Alors qu'au cours de l'année précédente, tous les secteurs hormis le secteur manufacturier (enregistrant pour sa part une hausse de 3,8 % en 2007) affichaient une baisse dans le nombre des cas d'insolvabilité commerciale sur 2006, les chiffres de 2008 indiquent un changement de tendance. Les cas d'insolvabilité dans le secteur minier, le pétrole et le gaz augmentent de 28,9 % sur l'année précédente. Les cas d'insolvabilité de services publics, quoique peu nombreux dans l'ensemble, augmentent dans la même proportion. Le secteur manufacturier et le transport et l'entreposage, augmentent respectivement de 4,6 % et 10,6 % sur l'année précédente. Dans les finances et l'assurance, l'augmentation est de plus de 13 %, dans les services d'enseignement de 6,3 %, l'information et les industries culturelles de 6,3 %, et l'administration publique, de 37,5%, quoique, dans ce dernier cas, une fois de plus, le nombre de cas soit peu élevé.

On enregistre une forte hausse du nombre de cas dans le secteur agricole, les mines, le pétrole et le gaz, le commerce de gros, et les services professionnels et techniques. Le secteur économique où les passifs sont les plus élevés est le secteur de l'information et des industries culturelles, sans doute en raison de l'insolvabilité de Quebecor World. Les cas de propositions sont fortement en hausse dans le secteur de la fabrication, le commerce de gros et de détail, et la finance et l'assurance.

¹⁴⁰ BSF, *Statistiques sur l'insolvabilité au Canada – Février 2009*;
[http://www.corporationscanada.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/feb_09_fra.pdf/\\$FILE/feb_09_fra.pdf](http://www.corporationscanada.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/feb_09_fra.pdf/$FILE/feb_09_fra.pdf)

Tableau 4
Insolvabilité par grand secteur économique, Canada, 2007-2008¹⁴¹

	Volume			2008	
	2008	2007	Variation en %	Biens déclarés au moment du dépôt (\$)	Dettes déclarées au moment du dépôt (\$)
Agriculture, foresterie, pêche et chasse	345	350	-1,4	134 785 959	305 219 808
Faillites	277	292	-5,1	115 457 232	264 342 471
Propositions	68	58	17,2	19 328 727	40 877 337
Extraction minière et extraction de pétrole et de gaz	49	38	28,9	60 608 700	154 543 055
Faillites	31	27	14,8	58 810 975	146 106 868
Propositions	18	11	63,6	1 797 725	8 436 187
Services publics	9	7	28,6	595 071	6 265 486
Faillites	7	6	16,7	595 070	5 087 431
Propositions	2	1	100,0	1	1 178 055
Construction	1 239	1 287	-3,7	307 889 187	792 683 814
Faillites	1 073	1 087	-1,3	286 753 342	724 224 179
Propositions	166	200	-17,0	21 135 845	68 459 635
Fabrication	793	758	4,6	420 281 267	1 496 798 146
Faillites	626	585	7,0	362 668 660	1 119 120 475
Propositions	167	173	-3,5	57 612 607	377 677 671
Commerce de gros	389	386	0,8	158 327 772	732 062 300
Faillites	296	310	-4,5	133 029 128	592 113 547
Propositions	93	76	22,4	25 298 644	139 948 753
Commerce de détail	989	1 083	-8,7	131 476 379	971 962 988
Faillites	837	900	-7,0	110 781 835	777 173 160
Propositions	152	183	-16,9	20 694 544	194 789 828

¹⁴¹ BSF, *Statistiques sur l'insolvabilité au Canada*, tableau 4,
<http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br02119.html>.

Transport et entreposage	783	708	10,6	88 150 056	369 496 017
Faillites	652	601	8,5	67 419 355	198 603 535
Propositions	131	107	22,4	20 730 701	170 892 482
Industrie de l'information et industrie culturelle	134	126	6,3	12 299 112	1 867 629 596
Faillites	101	101	0,0	8 313 291	1 812 807 696
Propositions	33	25	32,0	3 985 821	54 821 900
Finances et assurances	119	105	13,3	23 528 732	559 753 639
Faillites	102	87	17,2	16 705 276	489 023 115
Propositions	17	18	-5,6	6 823 456	70 730 524
Services immobiliers et services de location et de location à bail	162	183	-11,5	54 013 536	156 625 259
Faillites	132	155	-14,8	41 553 365	113 820 870
Propositions	30	28	7,1	12 460 171	42 804 389
Services professionnels, scientifiques et techniques	472	485	-2,7	64 567 180	209 983 788
Faillites	372	399	-6,8	41 087 312	151 795 420
Propositions	100	86	16,3	23 479 868	58 188 368
Gestion de sociétés et d'entreprises	43	52	-17,3	7 336 211	149 883 751
Faillites	31	36	-13,9	6 382 841	141 291 040
Propositions	12	16	-25,0	953 370	8 592 711
Services administratifs, services de soutien, services de gestion des déchets et services d'assainissement	301	336	-10,4	21 016 849	125 500 096
Faillites	256	274	-6,6	17 638 025	117 982 598
Propositions	45	62	-27,4	3 378 824	7 517 498
Services d'enseignement	51	48	6,3	4 080 368	18 740 179
Faillites	39	36	8,3	2 961 012	16 416 868

Propositions	12	12	0,0	1 119 356	2 323 311
Soins de santé et assistance sociale	91	94	-3,2	18 050 133	56 946 574
Faillites	72	71	1,4	14 627 602	49 143 655
Propositions	19	23	-17,4	3 422 531	7 802 919
Arts, spectacles et loisirs	139	172	-19,2	11 499 499	38 798 676
Faillites	116	145	-20,0	10 351 318	29 866 685
Propositions	23	27	-14,8	1 148 181	8 931 991
Hébergement et services de restauration	865	867	-0,2	82 771 903	267 675 623
Faillites	739	728	1,5	72 010 330	226 791 050
Propositions	126	139	-9,4	10 761 573	40 884 573
Autres services, sauf les administrations publiques	461	519	-11,2	32 556 141	99 795 012
Faillites	394	445	-11,5	26 240 977	81 486 372
Propositions	67	74	-9,5	6 315 164	18 308 640
Administrations publiques	11	8	37,5	7 475 263	16 005 216
Faillites	11	8	37,5	7 475 263	16 005 216
Propositions	0	0	—	0	0
Total	7 445	7 612	-2,2	1 641 309 318	8 396 369 023
Faillites	6 164	6 293	-2,0	1 400 862 209	7 073 202 251
Propositions	1 281	1 319	-2,9	240 447 109	1 323 166 772

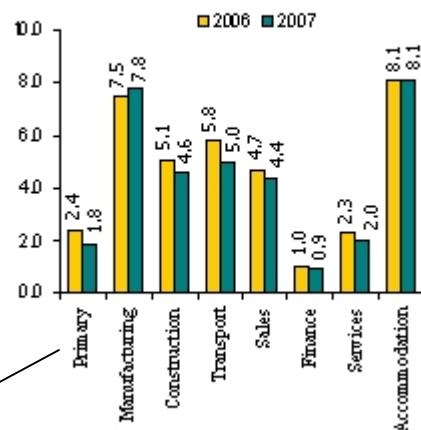
L'analyse des cas d'insolvabilité commerciale en proportion du nombre d'entreprises d'un secteur d'activités donné en 2007, année des derniers chiffres disponibles, révèle que le secteur de l'hébergement et de la restauration affiche le plus haut taux d'échec à 8,1 par millier d'entreprises. Pour sa part, le secteur de la fabrication affiche un taux de 7,8 par millier, alors que celui du secteur des transports et les communications, à 5 par millier, est également important, comme l'illustre le graphique 4 ci-dessous.

De 2006 à 2007, le nombre de cas d'insolvabilité dans chaque secteur a bougé légèrement, celui du secteur de la fabrication étant en hausse alors qu'il baissait dans tous les autres secteurs, comme l'illustre aussi le graphique 4.

Graphique 4

Nombre de cas d'insolvabilité
commerciale par mille
entreprises, et grand secteur
économique

Number of business insolvency
cases per thousand businesses by
major economic sectors



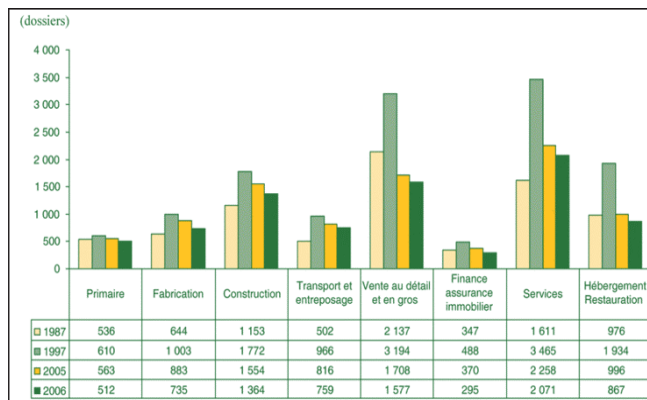
Primaire
Fabrication
Construction
Transport
Vente
Finance
Services
Hébergement

L'analyse de ces tendances sur la base du nombre total des entreprises dans chaque secteur au cours des dix dernières années révèle que les cas d'insolvabilité sont passés de 8,2 par millier en 1998 à 3,5 en 2006. Le graphique 5 illustre bien cette tendance. Ce sont des secteurs tels que l'hébergement et la restauration et le commerce de gros et de détail qui ont enregistré les plus fortes baisses de cas d'insolvabilité.

En 2006, les secteurs de l'hébergement et de la restauration, et de la fabrication, affichaient la plus haute proportion de cas d'insolvabilité par millier, à 8,1 et 7,5 respectivement. Par contre, la finance, l'assurance et les services immobiliers, de même que le secteur primaire, affichaient le nombre de cas le plus faible, à 1, 2,4 et 2,4 par millier respectivement¹⁴².

¹⁴² *Ibid.*

Graphique 5
Insolvabilité commerciale, par mille entreprises et grand secteur d'activité,
Canada, 1998-2006¹⁴³



Pour s'en tenir aux seuls cas de faillite, on en relève le plus grand nombre dans quatre secteurs industriels : la construction, le commerce de détail, l'hébergement et la restauration, de même que le transport et l'entreposage qui représentent ensemble 53 % de l'ensemble des cas de faillite en 2007, comme le révèle le tableau 5 ci-dessous.

Tableau 5

Faillites commerciales par type d'industrie¹⁴⁴

Type d'industrie (SCIAN)	Nombre de dossiers	Total des biens (actif)	Total des dettes (passif)	Total des déficits
Agriculture, foresterie, pêche et chasse	298	53 861 665	208 827 407	154 965 742
Extraction minière et extraction de pétrole et de gaz	28	5 631 060	45 548 357	39 917 298
Services publics	5	123 106	1 265 860	1 142 755
Construction	1 095	75 692 382	240 841 059	165 148 677
Fabrication	591	207 537 278	592 484 309	384 947 031
Commerce de gros	312	84 134 016	325 039 502	240 905 486
Commerce de détail	895	97 501 730	346 650 301	249 148 571
Transport et entreposage	608	52 862 941	149 962 852	97 099 911
Industrie de l'information et	92	12 742 252	3 039 165 150	3 026 422 899

¹⁴³ BSF, Faillites commerciales signalées au cours de l'année civile 2007, selon le type d'industrie (SCIAN); selon les groupes principaux du SCIAN (1997).

¹⁴⁴ BSF, Canada, Faillites commerciales signalées au cours de l'année civile 2007, selon le type d'industrie (SCIAN)

industrie culturelle				
Finances et assurances	87	14 270 149	85 734 388	71 464 240
Services immobiliers et services de location et de location à bail	159	34 210 583	67 121 861	32 911 278
Services professionnels, scientifiques et techniques	401	21 220 701	132 229 527	111 008 827
Gestion de sociétés et d'entreprises	36	6 634 016	45 136 912	38 502 895
Services administratifs, de soutien, des déchets et d'assainissement	270	19 189 031	69 408 998	50 219 968
Services d'enseignement	37	1 136 822	13 704 037	12 567 216
Soins de santé et assistance sociale	74	9 196 715	21 335 984	12 139 270
Arts, spectacles et loisirs	146	13 008 671	53 262 254	40 253 583
Hébergement et services de restauration	733	43 875 469	164 272 679	120 397 210
Autres services, sauf les administrations publiques	432	31 468 148	111 752 544	80 284 396
Administrations publiques	8	7 584 216	18 673 672	11 089 456
Total	6 307	791 880 949	5 732 417 654	4 940 536 705

L'examen de cette ventilation par province et par territoire révèle que, à Terre-Neuve et au Labrador, plus de la moitié des faillites commerciales survenaient dans le commerce de détail, l'agriculture, la pêche, la foresterie, et la construction¹⁴⁵. En Nouvelle-Écosse, la palme revient à la construction, au transport et à l'entreposage, et au commerce de détail¹⁴⁶. À l'I.-P.-É., le gros des faillites se répartit entre les secteurs de l'agriculture, de la foresterie, de la chasse et de la pêche, et le commerce de détail¹⁴⁷. Au Nouveau-Brunswick, les faillites commerciales se concentraient surtout dans les secteurs du transport et de l'entreposage, du commerce de détail, et de la construction¹⁴⁸.

Au Québec, on comptait le plus grand nombre des faillites dans les secteurs du commerce de détail, de la fabrication, de la construction, de l'hébergement et des services alimentaires¹⁴⁹. En Ontario, c'était dans les secteurs du commerce de détail, de la fabrication, de la construction, du transport et de l'entreposage, de l'hébergement et des services alimentaires, le commerce de détail et la construction remportant la palme¹⁵⁰.

¹⁴⁵ *Ibid.*, Tableau 5.

¹⁴⁶ *Ibid.*, Tableau 5A.

¹⁴⁷ *Ibid.*, Tableau 5B.

¹⁴⁸ *Ibid.*, Tableau 5C.

¹⁴⁹ *Ibid.*, Tableau 5D.

¹⁵⁰ *Ibid.*, Tableau 5E.

Au Manitoba, les entreprises font faillite surtout dans les secteurs des matières premières, du commerce de détail, du transport et de l'entreposage, et de l'hébergement et des services alimentaires¹⁵¹. En Saskatchewan, les secteurs les plus touchés sont ceux de l'agriculture, de la construction, et de l'hébergement et des services alimentaires¹⁵². En Alberta, les faillites dans le secteur de la construction sont de loin les plus nombreuses, alors qu'on en recense 171 en 2007, et que le secteur du transport et de l'entreposage, loin en arrière, arrive au second rang avec 46 cas¹⁵³. En Colombie-Britannique, les faillites se concentrent surtout dans les secteurs de la construction et du commerce de détail, et à un moindre degré dans les secteurs de la fabrication, et du transport et de l'entreposage¹⁵⁴.

La ventilation régionale ne reflète donc pas seulement la structure de l'économie d'une province donnée, mais aussi les secteurs touchés par un ralentissement économique. Cependant, comme les causes déclarées de la faillite le suggèrent ci-dessous dans la Partie V, si le climat économique est un facteur, il est loin d'être le seul.

En nous tournant maintenant vers les chiffres totaux des propositions commerciales, nous sommes obligés de constater que les statistiques sont parfois opaques. Les statistiques du BSF sur l'insolvabilité ne sont pas toujours colligées de la même manière, ce qui rend à l'occasion les comparaisons difficiles. Par exemple, le BSF fait état de 3 421 cas de propositions commerciales en 2007¹⁵⁵, et déclare malgré ce chiffre, déclare 1 317 cas en 2007¹⁵⁶. Le BSF explique cette différence de la façon suivante. Dans son *Sommaire des statistiques annuelles* de 2007, les propositions commerciales sont rapportées selon le type d'administration choisi. Les propositions commerciales englobent toutes les propositions de la Section I et les avis d'intention de déposer une proposition, sans distinction quant à la nature de l'endettement. Les propositions de consommateur sont celles de la Section II, même si elles comprennent une part d'endettement commercial¹⁵⁷.

Dans *L'insolvabilité au Canada en 2007*, les propositions sont comptabilisées selon la nature de l'endettement, les propositions commerciales étant celles qui comportent une part d'endettement commercial d'au moins 50 %, et toutes les propositions d'entreprises sous le régime de la Section I, les propositions de la Section I soumises par un propriétaire unique, et les propositions de la Section II soumises par un propriétaire unique¹⁵⁸. Les entreprises à propriétaire unique sont aussi comptabilisées d'une troisième façon, englobant les faillites et les propositions des deux Sections¹⁵⁹. Il faut donc faire preuve de prudence dans l'interprétation des données globales disponibles.

¹⁵¹ *Ibid.*, Tableau 5F.

¹⁵² *Ibid.*, Tableau 5G.

¹⁵³ *Ibid.*, Tableau 5H.

¹⁵⁴ *Ibid.*, Tableau 5I. Les Territoires du Nord-Ouest ne comptaient que 1 cas de faillite commerciale, le Yukon 3 et le Nunavut 2.

¹⁵⁵ BSF, *Sommaire des statistiques annuelles* pour l'année civile 2007, Tableau 4 A, [http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/annual-report2007.pdf/\\$FILE/annual-report2007.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/annual-report2007.pdf/$FILE/annual-report2007.pdf)

¹⁵⁶ BSF, *L'insolvabilité au Canada en 2007*.

¹⁵⁷ Stephanie Cavanaugh, BSF, échange de courriels, 18 décembre 2008.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

Le tableau 6 présente le chiffre total des propositions commerciales en 2007; cependant, on retrouve dans ces chiffres des particuliers dont l'endettement est davantage de nature personnelle que commerciale. Leur cas est peu pertinent pour les fins de la présente étude, mais nous rapportons quand même ces données par souci d'exhaustivité.

TOTAL **Tableau 6** **DES**

Province ou territoire	Total des dossiers d'actif	Total des biens (\$)	Total des dettes (\$)	Total des déficits (\$)
T.-N.-L.	24	3 915 332	7 724 392	3 809 060
Nouvelle-Écosse	74	2 939 798	16 459 720	13 519 922
Î.-P.-É.	17	4 733 230	5 951 ,268	1 218 038
Nouveau-Brunswick	114	11 078 003	28 367 237	17 289 234
Québec	762	231 020 864	788 078 806	557 057 943
Ontario	1 383	290 992 816	686 584 398	395 591 582
Manitoba	47	6 740 684	8 353 656	1 612 972
Saskatchewan	154	31 334 599	40 263 069	8 928 469
Alberta	293	40 320 838	71 725 857	31 405 019
Colombie-Britannique	369	50 468 751	136 946 076	86 477 325
T.N.-O.	4	743 098	11 501 437	10 758 339
Yukon	0	0	0	0
Nunavut	0	0	0	0
Canada	3 241	674 288 012	1 801 955 917	1 127 667 904

PROPOSITIONS COMMERCIALES DÉPOSÉES AU COURS DE L'ANNÉE CIVILE 2007¹⁶⁰

¹⁶⁰ BSF, Tableau 4-A, Total des propositions commerciales déposées au cours de l'année civile 2007), Rapport annuel.

En résumé, la diminution de 6,8 % dans le nombre de cas d'insolvabilité commerciale observée de 2006 à 2007 était en partie due au climat économique favorable. En 2007, la croissance du produit intérieur brut (PIB) était estimée à 2,6 %, en légère baisse si on la compare à l'augmentation de 2,8% enregistrée en 2006¹⁶¹. Cette augmentation du PIB était en grande partie attribuable à la vigueur de la demande intérieure, et notamment la consommation, l'investissement privé et les dépenses du secteur public. En 2007, le cours moyen du dollar canadien s'établissait à 0,94 \$ US, une hausse de 0,05 \$ US sur l'année précédente. Quoique cette augmentation ait eu un effet négatif sur le secteur manufacturier, le BSF a prétendu qu'il avait eu un effet positif pour le secteur des richesses naturelles. Les statistiques d'ensemble suggèrent que l'insolvabilité commerciale est en partie due aux tendances générales de l'économie, et, pour l'autre partie, à la structure de l'économie de la région dans laquelle l'entreprise est située. En 2008, les secteurs de la construction, de la fabrication, du commerce de détail, du transport et de l'entreposage, de même que l'hébergement et la restauration ont été les plus durement touchés en termes d'entreprises en difficulté financière.

Les syndicats font part d'un revirement dans tous les secteurs tôt en 2009, avec une forte augmentation dans le nombre de dossiers déposés. Bien que ces données ne soient pas encore disponibles, les statistiques mensuelles du BSF de février 2009 indiquent une augmentation du nombre de cas de l'ordre de 43 % dans le commerce de détail, de 67 % dans la finance et l'assurance, et de 175 % dans les services immobiliers et les services de location et de location à bail sur l'année précédente¹⁶². On peut donc conclure que la crise financière actuelle aura un effet sur le nombre de cas d'insolvabilité commerciale dans l'année en cours, mais il est encore trop tôt pour en prédire l'ampleur.

Dans la partie suivante, nous étudions les données disponibles sous l'angle des causes des difficultés financières éprouvées par les entreprises qui choisissent de se prévaloir de la LFI.

V. CAUSES DE L'INSOLVABILITÉ COMMERCIALE

L'un des principaux objectifs de notre étude était de définir les causes de l'insolvabilité des entreprises qui faisaient appel aux dispositions de la LFI sur la

¹⁶¹ *L'insolvabilité au Canada en 2007*. <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01783.html>.

¹⁶² BSF, *Statistiques sur l'insolvabilité au Canada – Février 2009*, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br02205.html>.

faillite ou les propositions commerciales. Une meilleure compréhension de ces causes nous permettra de déterminer avec plus de précision quels montants et quelles compétences il faut réunir pour relancer une entreprise, ou si celle-ci doit être liquidée et la valeur de ses biens affectée à des activités plus productives.

Les données nous permettant d'analyser les causes de l'Insolvabilité commerciale sont tirées de 6 743 dossiers différents dont 5 515 sont entièrement électroniques, 85 sont sur papier à titre d'échantillon et 1 143 ont été déposés récemment et ne citent que les causes de l'insolvabilité. Elles proviennent aussi d'un sondage mené auprès de 50 syndicats. Bien que les données aient déjà révélé certaines tendances, les observations des syndicats sont venues ajouter de la profondeur et de l'étoffe à toute cette information. Nous rendons compte ici de ces données selon leur source, et nous rajoutons certains commentaires généraux.

Une des contraintes avec lesquelles nous avons dû composer dans l'analyse des données était cette propension des débiteurs insolvable à mentionner plus d'une cause, par exemple la perte d'un emploi et le surendettement. Pour les fins de l'analyse du plus gros échantillon de dossiers d'insolvabilité, nous nous en sommes tenus à la principale cause déclarée, mais il est important de noter que les statistiques générales ne permettent pas toujours de rendre compte de l'effet combiné des différents facteurs sur les difficultés financières. Nous avons donc aussi considéré les trois principaux facteurs identifiés lorsque c'était possible, afin de montrer que plusieurs facteurs différents avaient pu contribuer aux difficultés financières des entreprises étudiées.

1. **Sommaire des résultats d'une cohorte de 5 515 dossiers**

Les données électroniques nous fournissent des renseignements sur les causes de la faillite d'une cohorte de 5 515 entreprises. Les données ont été entrées manuellement dans la base de données du BSF, et fournissent une abondance de détails. Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'exactitude de ces données dépend de l'information rapportée par le débiteur, le syndic ou l'administrateur, de même que de la précision avec laquelle les données sont entrées dans le système. Le processus n'est donc pas entièrement sûr. Cependant, ces renseignements sont très instructifs sur les causes de la faillite.

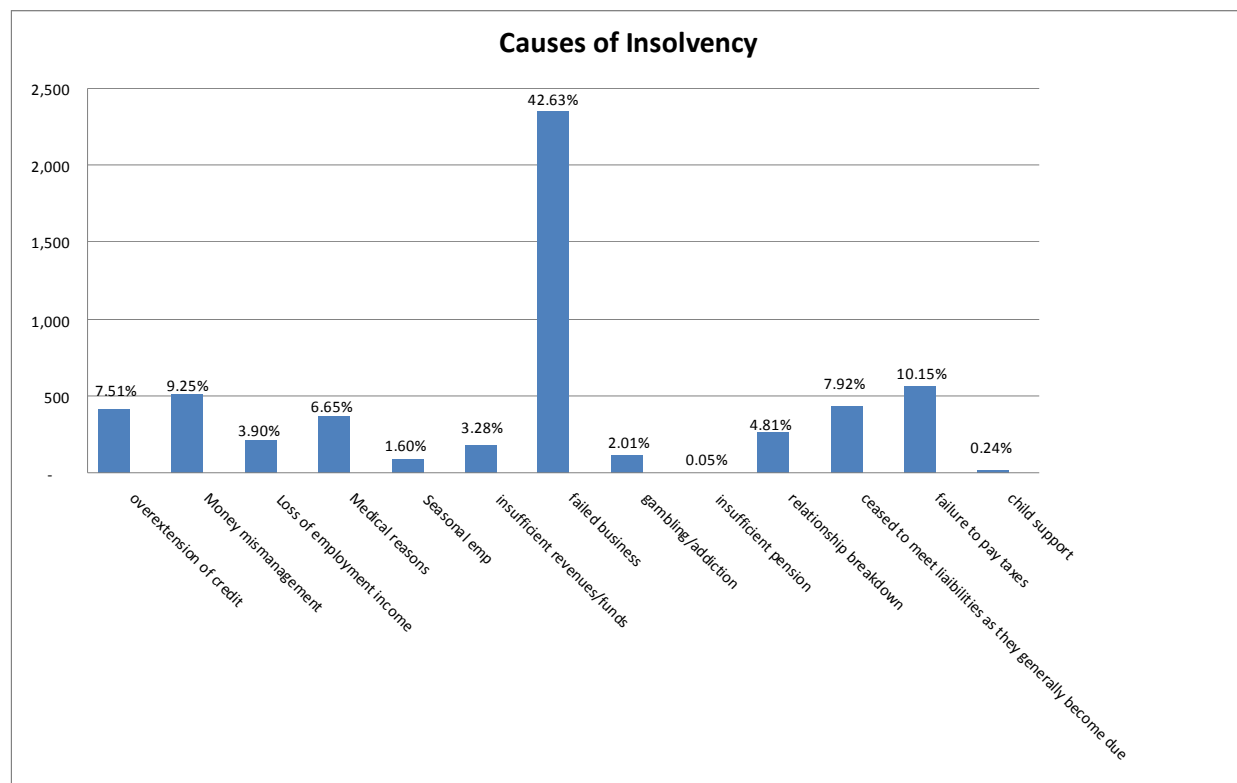
Le graphique 6 ci-après fait ressortir les causes de la faillite dans les 5 515 dossiers étudiés. Sans surprise, dans 42,6 % des cas, on mentionne l'échec de l'entreprise comme la cause principale de l'insolvabilité. Dans 9,3 % des cas, on mentionne la mauvaise gestion des liquidités, alors que dans 7,9 % des cas, c'est l'incapacité de l'entreprise à honorer ses échéances au fur et à mesure où elles se présentent, et que dans 7,5 % des cas, c'est le surendettement qui est en cause.

Un pourcentage important de 10,2% des débiteurs a indiqué que leur insolvabilité était surtout attribuable à leur défaut de payer leurs impôts. Même si le BSF reconnaît effectivement ce défaut comme une cause de l'insolvabilité, il est sans doute plus juste de parler dans ce cas d'un « motif d'intenter une procédure ». L'un des syndics sondés souligne que le défaut de payer la TPS constitue sans doute davantage un symptôme de l'insolvabilité plutôt qu'une de ses causes, car la dette fiscale de l'entreprise est attribuable à d'autres facteurs que ceux qui l'empêchent de payer la TPS.

Beaucoup moins significatif, mais tout de même intéressant, 6,7 % des débiteurs citent des raisons de santé comme cause principale de leur insolvabilité. Selon ces dossiers, la difficulté survenait lorsque le propriétaire unique de l'entreprise était blessé ou malade et qu'il devenait incapable de maintenir les activités de l'entreprise, ou qu'un administrateur ou dirigeant principal d'une société de personnes ou d'une petite société par actions devenait incapable de poursuivre les activités de l'entreprise pour des raisons de santé.

Un peu moins de 5 % des débiteurs commerciaux rapportent qu'une rupture des relations est principalement à l'origine de leur insolvabilité. Ici encore, les cas rapportés mettent en cause des petites entreprises dont les principaux dirigeants étaient soit mariés, soit engagés dans une relation personnelle ou commerciale qui s'est rompue, précipitant par le fait même l'entreprise dans l'insolvabilité.

Graphique 6
Causes de l'insolvabilité des entreprises qui se prévalent de la LFI
dans 5 515 dossiers, 2006-2008



Causes de l'insolvabilité

Surendettement 7,51 %
 Mauvaise gestion financière 9,25 %
 Perte de revenu d'emploi 3,90 %
 Raisons de santé 6,65 %
 Emploi saisonnier 1,60%
 Revenus/fonds insuffisants 3,28%
 Échec de l'entreprise 42,63 %
 Jeu/drogue 2,01 %
 Pension insuffisante 0,05 %
 Rupture 4,81 %
 Incapacité d'honorer les échéances 7,92 %
 Dettes fiscales 10,15 %
 Pension alimentaire aux enfants 0,24 %

Dans cet échantillonnage, nous avons également examiné les renseignements additionnels fournis par le débiteur sur les causes de l'insolvabilité. Ces données rajoutaient certaines précisions.

Sur les 2 351 dossiers qui faisaient état de l'échec de l'entreprise comme cause principale de l'insolvabilité, 702 y allaient de certaines précisions. Nous les avons

donc regroupées en grandes catégories selon la fréquence des causes mentionnées : sous-capitalisation, ralentissement économique, perte d'un fournisseur ou d'une source d'approvisionnement, mauvaise gestion, mauvaise gestion financière, incapacité à s'adapter aux nouvelles conditions du marché, surendettement, et rupture d'une relation d'affaires quand cette cause était mentionnée comme la plus importante. Certaines entreprises citaient plusieurs causes principales, et toutes les causes indiquées dans ce sous-groupe de 702 dossiers figurent dans le graphique 7 ci-après.

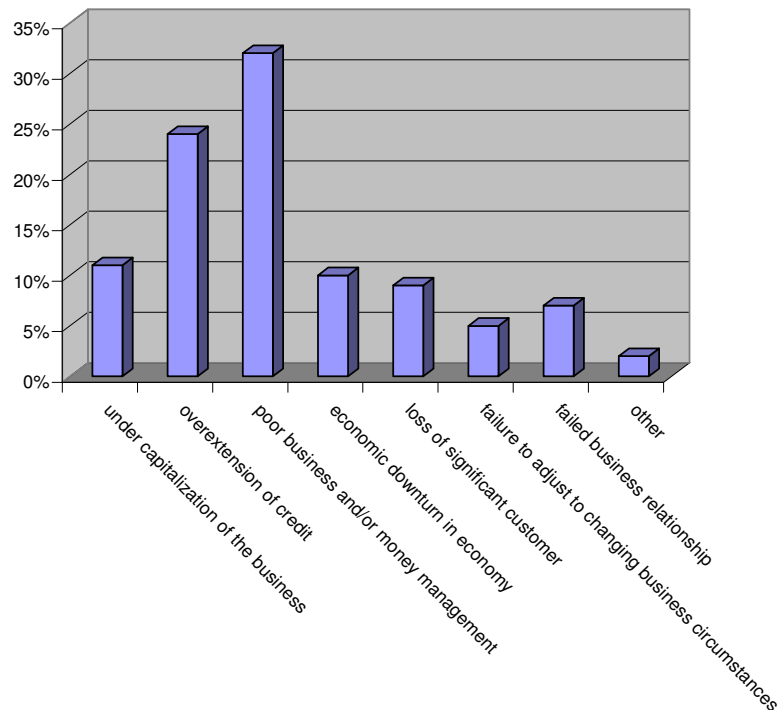
Le graphique 7 indique que 32 % des entreprises ont mentionné la mauvaise gestion de l'entreprise comme une cause importante de l'insolvabilité. Si l'on rajoute les cas dans lesquels elle a été citée comme cause principale, la mauvaise gestion aura été une des causes principales de l'insolvabilité dans 735 des cas de cette importante cohorte.

Le surendettement est cité comme une cause accessoire dans 24 % des cas. Toujours en additionnant ces cas aux 7,51 % de cas dans lesquels il est cité comme cause principale, le surendettement constitue la deuxième grande cause de l'échec des entreprises.

La sous-capitalisation a été citée dans 11 % des cas, le ralentissement économique dans 10 % des cas, la perte d'un client important dans 9 % des cas, l'incapacité à s'adapter dans 5 % des cas, et la rupture d'une relation d'affaires dans 7 % des cas.

Graphique 7
Causes secondaires de l'insolvabilité d'une entreprise déclarant l'échec comme cause principale, 702 dossiers

Secondary Causes of Insolvency where Failed Business Reported as Primary Cause, 702 Cases Reported



Sous-capitalisation de l'entreprise
 Surendettement
 Mauvaise gestion/Mauvaise gestion financière
 Ralentissement économique
 Perte d'un client important
 Incapacité de s'adapter aux nouvelles conditions du marché
 Rupture d'une relation d'affaires
 Autre

Parmi les causes citées dans la catégorie « Autre », signalons la fraude ou le vol commis par un employé, le rappel d'une garantie personnelle, la maladie ou une blessure du débiteur ou de son conjoint, la perte d'un permis d'exploitation, la co-signature d'un prêt, et le coût des carburants. Mentionnons aussi l'incapacité d'un certain nombre de débiteurs à percevoir leurs comptes à recevoir en raison des difficultés éprouvées par leurs clients, ainsi que l'échec de l'entreprise attribuable à un changement de technologie et à la lenteur du débiteur à moderniser son exploitation.

On retrouve dans les précisions fournies sur le surendettement des commentaires sur le recours aux cartes de crédit personnelles et de l'entreprise pour assurer le financement de cette dernière, ou pour payer d'autres dettes pendant que les affaires continuaient à périlcliter.

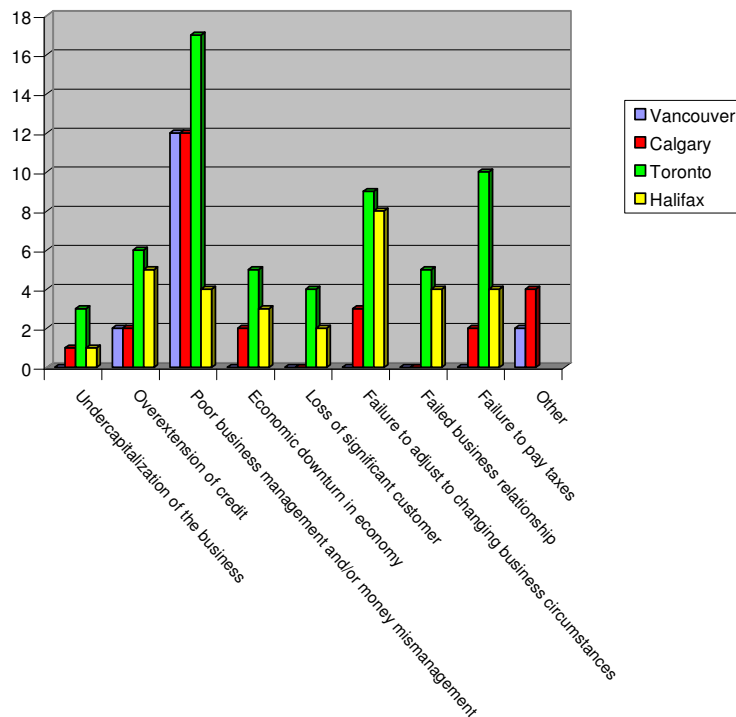
On peut classer les ruptures dans deux grandes catégories : l'échec d'un partenariat, souvent occasionné par la rupture du lien de confiance selon le point de vue du débiteur, et la rupture du lien d'affaires avec un membre de la famille à l'occasion d'une querelle.

2. Résumé de 85 dossiers papier

Comme le mentionne l'introduction, nous avons analysé 85 dossiers papier déposés en 2007-2008 à cause de la crainte du BSF que les dossiers électroniques ne soient pas représentatifs de tous ceux qui continuent à être déposés en version papier. Le graphique 8 indique les causes identifiées dans ces dossiers que nous avons examinés à Vancouver, Calgary, Toronto et Halifax.

Graphique 8 **Principales causes de l'insolvabilité, Analyse de 85 dossiers papier**

Principal Causes of Insolvency, Paper files examined



Sous-capitalisation de l'entreprise
 Surendettement
 Mauvaise gestion/Mauvaise gestion financière
 Ralentissement économique
 Perte d'un client important
 Incapacité de s'adapter aux nouvelles conditions du marché
 Rupture d'une relation d'affaires
 Dettes fiscales
 Autre

L'examen des 85 dossiers permet de dégager la même tendance dans les quatre villes. La mauvaise gestion et/ou la mauvaise gestion financière sont citées comme constituant la cause principale de l'insolvabilité dans tous les dossiers analysés. Ces résultats sont conformes à ceux de notre échantillon de 5 515 dossiers électroniques. Les dettes fiscales sont un facteur plus important à Toronto qu'à Halifax, et ne sont guère mentionnées à Vancouver et Calgary. Il s'agit essentiellement du défaut de payer la TPS et autres taxes apparentées que les entreprises utilisent pour se financer lorsque leurs ressources deviennent limitées. On se souviendra que, dans le cas de l'échantillon de dossiers électroniques, les dettes fiscales étaient mentionnées comme la cause principale de l'insolvabilité dans à peine plus de 10 % des dossiers. Cela peut vouloir dire que les dettes fiscales constituent un problème plus important dans certaines régions que dans d'autres.

L'incapacité de s'adapter aux nouvelles conditions du marché a été fréquemment mentionnée à Toronto et Halifax, et à un moindre degré à Calgary. Il est intéressant de noter que le surendettement est moins important dans ces 85 dossiers que dans la cohorte majeure, même si, lorsqu'on l'amalgame avec la sous-capitalisation, il devient une cause importante de difficultés financières. On

aurait pu penser que le ralentissement économique revêtirait une importance plus grande, mais il faut signaler que ces dossiers ont été déposés durant une période relativement stable sur le plan économique. On pourra s'en servir comme étalon pour l'évaluation des données de 2008 lorsqu'elles seront disponibles en juin 2009.

L'étude cherchait à obtenir des précisions supplémentaires sur les dossiers déposés depuis la crise financière du dernier trimestre de 2008. Sur les 1 143 entreprises qui ont entrepris des procédures en insolvabilité pendant cette courte période, 191 d'entre elles ont cité l'effondrement des marchés comme cause principale de leur insolvabilité. S'agissant des grandes sociétés, la cause des difficultés financières n'est pas indiquée lorsqu'elles utilisent le formulaire 78 pour déposer leur dossier par voie électronique.

3. Sondage auprès des syndicats sur les causes de l'insolvabilité

Dans le cadre de notre étude, nous avons également cherché à obtenir l'opinion des syndicats sur les causes de l'insolvabilité. Vu les limites des données électroniques, nous entretenons l'espoir que les syndicats auraient une perspective plus large et qu'ils seraient en mesure d'y ajouter un peu de profondeur. Les précisions qu'ils nous ont fournies se sont révélées très utiles et, dans la plupart des cas, ils ont su nous faire part de certaines observations générales, sans s'attacher indûment aux dossiers dont ils se souvenaient le mieux. Une syndic nous a fait remarquer qu'elle avait tendance à ne pas se fier aux causes déclarées, car les débiteurs tendent à se culpabiliser démesurément pour la perte de leur entreprise, et qu'il est souvent difficile, dans le cas d'une entreprise individuelle, de faire la part des choses entre les causes personnelles et les autres.

On a d'abord interrogé les syndicats sur les causes principales en utilisant les catégories du BSF qui ne font aucune distinction pour les sociétés de personnes. Les 50 syndicats devaient nous indiquer au mieux de leur expérience quelles étaient les causes principales de l'insolvabilité chez les entreprises individuelles. C'est ainsi que 39 % des syndicats sondés en 2008 nous ont répondu que la mauvaise gestion en général, ou la mauvaise gestion financière constituait selon leur expérience la principale cause de l'insolvabilité des entreprises; 29 % ont plutôt cité le surendettement, 8 % les dettes fiscales, 4 % le ralentissement économique, 8 % l'insuffisance des revenus d'emploi ou d'entreprise, 10 % la sous-capitalisation, et les derniers 2 % nous ont signalé la perte d'un client important ou du principal client.

L'un des syndicats estimait que le nombre de faillites était en baisse, car on vend souvent les biens de l'entreprise et on liquide ses activités sans même amorcer une procédure en faillite.

Pour ce qui est des entreprises constituées en société par actions, les syndicats attribuent la cause principale de la faillite à la mauvaise gestion en général ou à la mauvaise gestion financière dans 29 % des cas, à des revenus insuffisants dans 21 % des cas, à un ralentissement économique dans 19 % des cas, à l'existence de dettes fiscales dans 11 % des cas, au surendettement dans 9 % des cas, à une rupture dans 6 % des cas, à la sous-capitalisation dans 3 % des cas, et à la perte d'un client important dans 2 % des cas.

Comme l'insolvabilité a souvent plusieurs causes, on a également demandé aux syndicats de réfléchir aux trois causes principales de la faillite, en établissant une distinction selon qu'il s'agissait d'entreprises individuelles, de sociétés de

personnes, ou d'entreprises constituées en société par action. Les graphiques 9 à 11 ci-après contiennent leurs réponses.

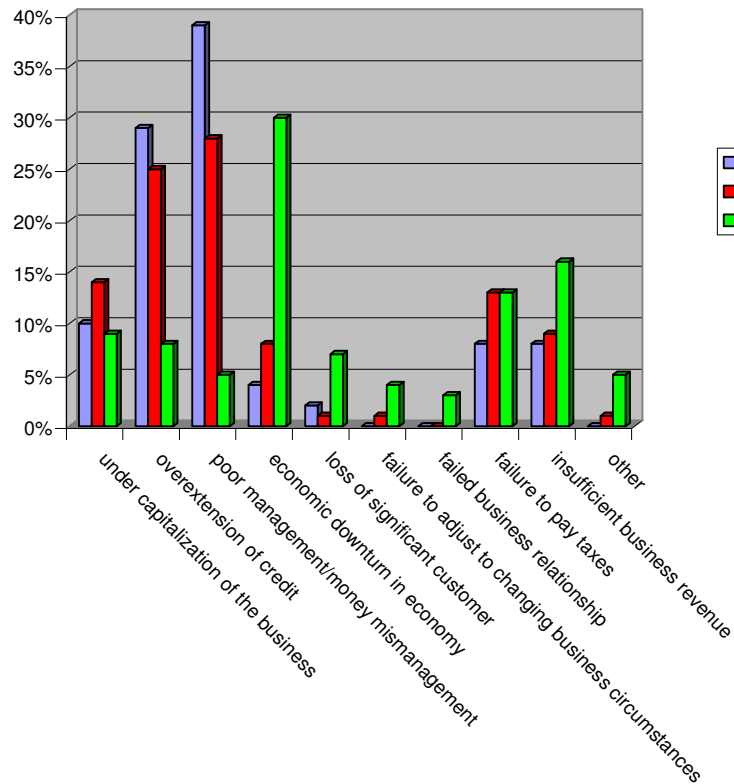
Dans le cas des entreprises individuelles, la mauvaise gestion générale ou financière est très souvent la cause principale de leurs difficultés financières, et 72 % des syndics se trouvent à le confirmer. Ce chiffre est largement supérieur à celui qui est rapporté pour la cohorte majeure, ce qui tend à confirmer que l'amélioration des services de consultation en gestion pourrait être une voie d'avenir. La sous-capitalisation est mise en cause dans 33 % des cas de faillite, le surendettement est cité comme cause importante dans 62 % des cas, l'un des syndics soulignant que le défaut des banques d'offrir du crédit aux PME, surtout dans les provinces de l'Atlantique, avait conduit les entrepreneurs à financer leurs entreprises à même leurs cartes de crédit, ce qui revenait à tenir les banques en partie responsables en raison de leur peu de soutien aux PME.

Selon les syndics, le ralentissement économique est à blâmer dans 42 % des cas d'insolvabilité d'entreprises individuelles, les dettes fiscales dans 34 % des cas, et l'insuffisance des revenus est considérée comme l'une des trois principales causes de l'insolvabilité dans 33 % des cas, la perte d'un client important dans 10 % des cas, l'incapacité de s'adapter aux nouvelles conditions du marché dans 5 % des cas, et la rupture d'une relation d'affaires dans 3 % des cas..

Dans la catégorie « Autres » on retrouvait certains motifs comme la cupidité et l'irréalisme des attentes, ce qui ajoutait à ces causes un aspect socio-économique qu'on ne retrouve pas dans les formulaires déposés auprès du BSF.

Graphique 9
Principales causes de l'insolvabilité dans les entreprises à propriétaire unique.
Sondage auprès de 50 syndics

Principal causes of sole proprietor insolvency, 50 trustee survey



Cause principale

Cause accessoire

Autre cause accessoire

Sous-capitalisation de l'entreprise
 Surendettement
 Mauvaise gestion générale/Mauvaise gestion financière
 Ralentissement économique
 Perte d'un client important
 Incapacité de s'adapter aux nouvelles conditions du marché
 Rupture d'une relation d'affaires
 Dettes fiscales
 Revenus insuffisants
 Autre

Les chiffres des sociétés de personnes correspondent dans une large mesure à ceux des entreprises individuelles ou à propriétaire unique, ce qui indiquerait qu'elles sont essentiellement confrontées aux mêmes défis. Le nombre des syndics qui s'est attardé à répondre aux questions sur les sociétés de personnes est plus réduit, 37 d'entre eux sur 50 étant disposés à marquer une distinction. La ventilation de leurs réponses se retrouve au graphique 10 ci-après.

La mauvaise gestion de l'entreprise ou de ses finances est très souvent à l'origine de ses difficultés financières. En effet, 55 % des syndics sondés ont indiqué que ce facteur jouait un rôle important dans l'insolvabilité des sociétés de personnes selon leur expérience, 28 % d'entre eux allant même jusqu'à dire qu'elle en était la cause principale. Ce résultat peut indiquer que le modèle de la société de personnes ne favorise pas beaucoup la bonne gouvernance. Un autre 15 % des syndics considère la sous-capitalisation comme une cause importante de la faillite d'une société de personnes, 7 % la considérant la plus importante. Ce chiffre est de beaucoup inférieur à ce qu'il est pour les entreprises individuelles, ce qui semblerait indiquer que, malgré l'importance de ce facteur, les associés sont sans doute davantage en mesure de procéder à une juste évaluation des investissements requis, et à exiger que chacun d'entre eux en contribue ou en financent une part au lancement de la société.

Pour 57 % des syndics, le surendettement était une des causes principales de l'insolvabilité de la société, un quart des syndics y voyant le facteur principal. Cette réponse peut signifier qu'une fois la société lancée, le risque de surendettement devient un problème important. La rupture des liens d'affaires joue un rôle important dans l'insolvabilité des sociétés de personnes. Pour 37 % des syndics, il s'agit d'une des principales causes, alors que 35 % des syndics estiment plutôt que l'insolvabilité est en grande partie attribuable au ralentissement économique, quoique seulement 5 % d'entre eux y voient la première cause. Pour ce qui est des dettes fiscales, 27 % des syndics déclarent que c'est une des causes principales de l'insolvabilité de l'entreprise, quoiqu'ils soient seulement 7 % à y voir la cause principale. Par ailleurs : 38 % des syndics indiquent que l'insuffisance des revenus est une des trois principales causes de l'insolvabilité de l'entreprise, 7 % d'entre eux déclarent que la perte d'un client important est l'une des trois principales causes de l'insolvabilité, 8 % évoquent l'incapacité de l'entreprise à s'adapter aux nouvelles conditions du marché, et 3 % font état d'une rupture d'un lien d'affaires.

Graphique 10
Principales causes de l'insolvabilité dans les sociétés de personnes.
Sondage auprès de 37 syndics

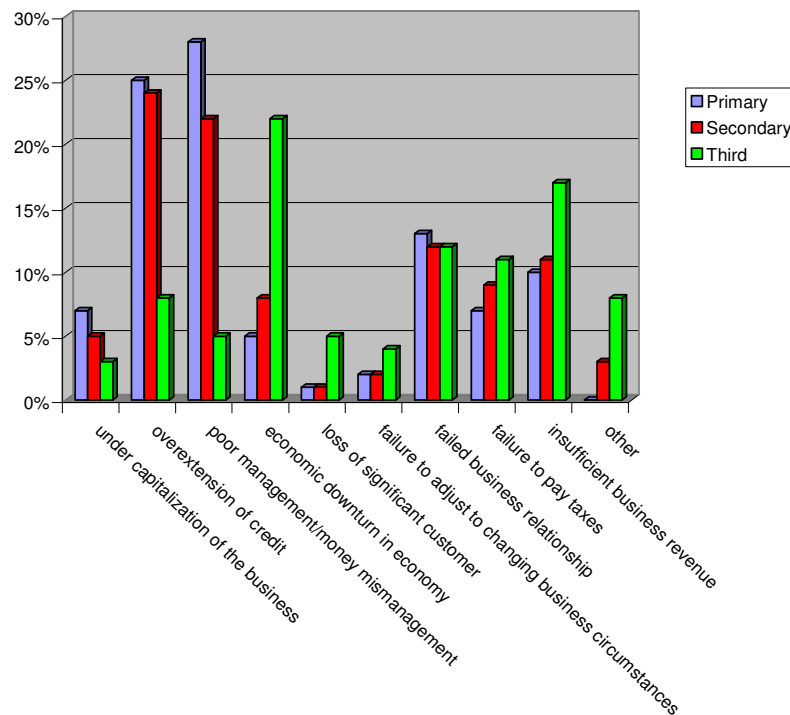
Cause principale

Cause accessoire

Autre cause accessoire

Sous-capitalisation de l'entreprise
 Surendettement
 Mauvaise gestion générale/Mauvaise gestion financière
 Ralentissement économique
 Perte d'un client important
 Incapacité de s'adapter aux nouvelles conditions du marché
 Rupture d'une relation d'affaires
 Dettes fiscales
 Revenus insuffisants
 Autre

Principal causes of partnership insolvency, 37 trustee survey responses



Le graphique 11 ci-après illustre les réponses des syndicats au sondage, s'agissant des entreprises constituées en société par actions. Pour 52 % d'entre eux, la mauvaise gestion de l'entreprise ou de ses finances constitue une cause importante de ses difficultés financières, alors que 29 % d'entre eux prétendent qu'il s'agit de la cause la plus importante. L'insuffisance des revenus est citée par 51 % des syndicats comme une des causes principales de l'échec de l'entreprise, 21 % des syndicats y voyant la principale cause de son insolvabilité. Par ailleurs, 36 % des syndicats mentionnent le surendettement parmi les principales causes de l'insolvabilité, alors qu'ils ne sont que 9 % à y voir la principale cause.

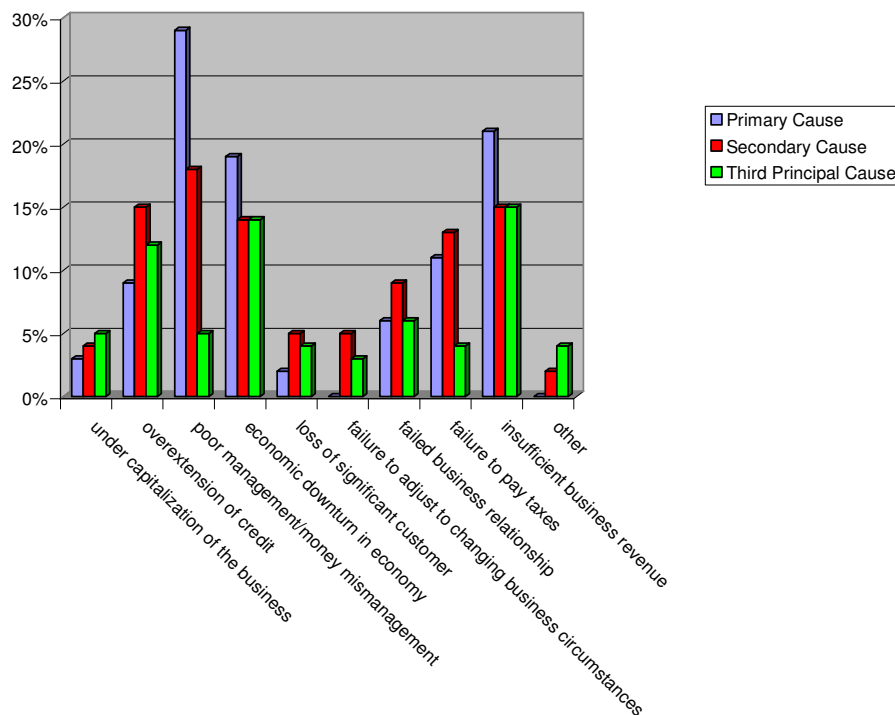
Pour 47 % des syndicats, une des causes principales est le ralentissement de l'économie, alors que 19 % d'entre eux y voient la principale cause. Pour ce qui est des dettes fiscales, 28 % des syndicats les considèrent une des principales causes de l'insolvabilité, 21 % évoquent plutôt la rupture d'un lien d'affaires, la plupart du temps dans une société de personnes incorporée, 12 % estime que la sous-capitalisation de l'entreprise constitue une cause importante de la faillite, alors que 3 % des syndicats sont d'avis qu'il s'agit de la cause principale.

Graphique 11
Principales causes d'insolvabilité dans les grandes entreprises.
Sondage auprès de 50 syndics

Cause principale
Cause accessoire
Autre cause accessoire

Sous-capitalisation de l'entreprise
 Surendettement
 Mauvaise gestion générale/Mauvaise gestion financière
 Ralentissement économique
 Perte d'un client important
 Incapacité de s'adapter aux nouvelles conditions du marché
 Rupture d'une relation d'affaires
 Dettes fiscales
 Revenus insuffisants
 Autre

Principal causes of corporate insolvency, 50 trustee survey



Une comparaison des graphiques 9, 10 et 11 permet de reconnaître les similarités et les différences dans les réponses fournies par les syndics sur les causes de l'insolvabilité chez les entreprises individuelles, les sociétés de personnes et les entreprises constituées en sociétés par actions. Dans les trois types d'entreprises, la cause la plus importante est la mauvaise gestion de l'entreprise ou de ses finances. La sous-capitalisation semble être un facteur beaucoup plus fréquent chez les entreprises individuelles que dans les sociétés de personnes ou dans les entreprises constituées en sociétés par actions, sans doute parce que les formalités de la constitution d'une société de personnes ou d'une société à capital-actions exigent une analyse plus poussée de l'apport de capital nécessaire.

Les syndicats nous rapportent également que le ralentissement économique constitue une des causes principales de l'insolvabilité des sociétés par actions dans près de la moitié des cas, et dans 40 % des cas des entreprises individuelles, un facteur qui ne ressort nulle part dans les mêmes proportions dans les données colligées par le BSF. Sur les 20 syndicats sondés de nouveau en mars 2009, la totalité d'entre eux déclare que le repli de l'activité économique occasionné par la crise financière mondiale constituait désormais une cause importante de l'insolvabilité des entreprises dans tous les secteurs d'activités et dans toutes les régions du pays, et un facteur contributif important dans toute cession en faillite ou proposition aux créanciers.

L'insuffisance des revenus est une cause importante d'insolvabilité pour toutes les catégories d'entreprises. Bien que l'existence de dettes fiscales soit rarement la principale cause de l'insolvabilité, elle devient importante pour toutes les entreprises lorsqu'elle figure parmi les trois premières.

En résumé, les données indiquent que la mauvaise gestion de l'entreprise ou de ses finances constitue une source importante de difficultés financières. Les entreprises constituées en sociétés par actions semblent avoir moins de problèmes de sous-capitalisation que les entreprises individuelles. Les commentaires descriptifs, autant ceux que l'on retrouve dans les dossiers d'insolvabilité que dans le sondage des syndicats, indiquent que les entrepreneurs individuels ont souvent une bonne idée pour lancer une entreprise, ou quittent leur emploi pour partir en affaires, sans avoir une notion juste de l'investissement nécessaire, des défis posés par la perception des comptes à recevoir afin de toujours avoir l'encaisse nécessaire, et des coûts reliés à l'exploitation d'une entreprise. Quant aux sociétés par actions, les difficultés financières surgissent lorsque les partenaires ou les associés qui ont lancé l'entreprise n'ont pas les compétences requises en gestion ou en finances, même s'ils ont toutes les compétences techniques nécessaires. Dans certains cas, le plan d'affaires était inadéquat ou ne tenait pas suffisamment compte des éventualités. Dans d'autres cas, il n'y avait tout simplement pas de plan d'affaires. Les plus grandes entreprises ont tendance à avoir moins de problèmes de gouvernance. Enfin, dans certains autres cas, le plan d'affaires est adéquat, mais les difficultés rencontrées dépassent de loin tout ce qui avait été anticipé.

Quant à l'autre dimension de la capitalisation de l'entreprise, le surendettement, il constituait une cause importante d'insolvabilité, surtout pour les entreprises individuelles. Dans la prochaine partie, nous examinons le genre d'endettement que les entreprises insolubles déclarent avoir au Canada.

VI. SOURCES DE L'ENDETTEMENT

Le surendettement est l'un des facteurs qui contribue le plus à l'insolvabilité de toutes les catégories d'entreprises, et notamment les entreprises individuelles et les sociétés de personnes. Il s'agit donc d'un obstacle majeur au succès des entreprises canadiennes. Quoique l'endettement soit généralement perçu comme un moyen efficace de financement d'une entreprise, le niveau élevé des échecs attribuables au surendettement soulève d'importantes questions quant au montant de l'endettement et à la façon dont celui-ci est géré.

Parmi l'éventail des instruments de crédit auxquels font appel les entreprises, notons le prêt à terme ou à demande, le prêt privé, la marge de crédit, le crédit-bail, le contrat de crédit fournisseur et le prêt garanti par un gouvernement. Les

deux instruments d'endettement les plus courants sont la marge de crédit et le prêt d'entreprise. Selon le BSF, 71,2 % des entreprises détiennent une marge de crédit auprès de leur institution financière, et 41 % un prêt d'entreprise¹⁶³. Les autres instruments utilisés sont l'hypothèque commerciale ou personnelle, le prêt personnel, et la protection contre le découvert¹⁶⁴.

1. Endettement dans les dépôts commerciaux

L'étude examine le type d'endettement des entreprises insolvable. Le tableau 7 ci-dessous résume la situation dans les 5 515 dossiers électroniques analysés.

**Tableau 7 Sources de l'endettement,
5 515 dossiers électroniques, 2006-2008**

¹⁶³ Citant la FCEI (2001).

¹⁶⁴ Equinox Management Consultants Ltd., *Les lacunes dans le financement des PME : cadre d'analyse*, Rapport préparé pour Industrie Canada, février 2002, [http://www.pme-prf.gc.ca/eic/site/sme_fdi-prf_pme.nsf/vwapj/FinancingGapAnalysisEquinoxFeb2002_f.pdf/\\$FILE/FinancingGapAnalysisEquinoxFeb2002_f.pdf](http://www.pme-prf.gc.ca/eic/site/sme_fdi-prf_pme.nsf/vwapj/FinancingGapAnalysisEquinoxFeb2002_f.pdf/$FILE/FinancingGapAnalysisEquinoxFeb2002_f.pdf)

Type d'endettement	Total	Montants garantis	Montants non garantis	Montants privilégiés	Endettement moyen par actif	Endettement médian par actif
Prêts bancaires (à l'exception des hypothèques sur immeubles)	170 197 380	18 460 655	151 736 725		30 861	6 000
Cartes de crédit	109 169 406	630 734	108 538 672		19 795	7 000
Prêts de sociétés de financement	61 017 637	15 538 949 11	45 478 688		11 064	3 203
Prêts consentis par des particuliers	26 228 614	958 158	25 270 456		4 756	8 000
Autres	323 060 771	21 033 840	300 984 217	1 042 715	58 579	580
Hypothèques sur immeubles	220 984 184	188 073 367	32 910 817		40 070	54 000
Prêts étudiants	2 173 372		2 173 372		394	3 783
Taxes et impôts fédéraux/provinciaux/municipaux	228 744 235	4 496 207	223 789 196	458 831	41 477	3 520
Total	1 141 575 600 \$	249 191 910 \$	890 882 144 \$	1 501 546 \$		

Dans l'ensemble, sur 5 515 cas étudiés, l'endettement moyen sous forme de prêts bancaires s'établissait à 30 861 \$, la médiane se situant à 6 000 \$, et 89 % de ces prêts, généralement des prêts d'exploitation, n'étaient pas garantis¹⁶⁵. Les prêts

¹⁶⁵ À l'heure actuelle, le BSF ventile ses données sur les biens et les dettes des débiteurs en les fractionnant selon leur nature. Par exemple, au lieu de considérer l'endettement global de chaque débiteur, le BSF indique la valeur de chaque type de dette : prêt bancaire, hypothèque, taxes et impôts, et ainsi de suite. Donc, pour obtenir la valeur médiane de toutes les dettes d'un débiteur, il faudrait additionner toutes ses dettes, et ainsi en obtenir la valeur totale. Cependant, ce genre d'addition devient difficile à faire à la main pour les milliers de données figurant dans le fichier Excel. La multiplicité des données dans un même type d'endettement pour le même débiteur pose également des problèmes. Pensons

consentis par les sociétés de prêt représentent également une grande part de l'endettement des entreprises, encore que cette part soit inférieure à celles des cartes de crédit. Le montant moyen des prêts consentis par les sociétés de prêt s'établissait à 11 064 \$, la médiane se situant à 3 203 \$, et ils étaient non garantis à 74,5 %. Lorsqu'ils étaient garantis, la sûreté couvrait généralement certains stocks ou pièces d'équipement.

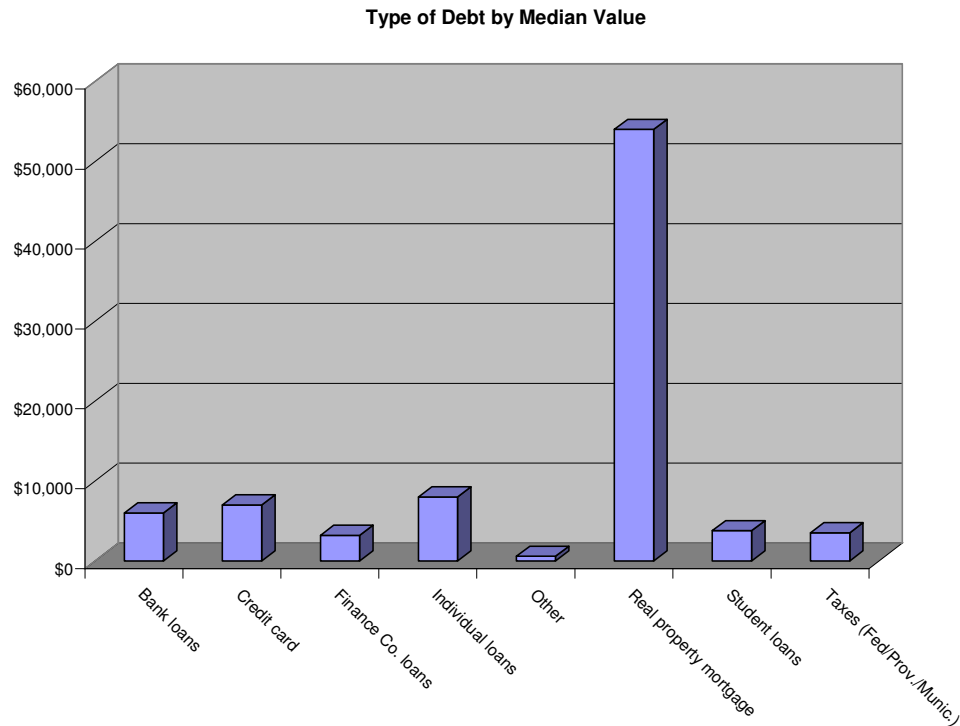
Le niveau moyen de l'endettement par carte de crédit s'élève à 19 795 \$, et la médiane de cet endettement se situe à 7 000 \$. Cet endettement est à 99,4 % non garanti. Les chiffres semblent indiquer que les entreprises ont accumulé une part importante de cet endettement dans la période ayant immédiatement précédé l'ouverture des procédures. Les commentaires descriptifs indiquent que ce genre d'instrument aurait été utilisé pour couvrir des dépenses lors que les revenus baissaient et que la valeur des comptes à recevoir non perçus augmentait.

Les prêts de particuliers représentaient une part importante de l'endettement, surtout dans le cas des entreprises individuelles. Le niveau moyen de l'endettement de ce type s'élevait à 4 756 \$, alors que la médiane se situait à 8 000 \$. Dans la très grande majorité des cas, il s'agissait de prêts non garantis. Les hypothèques sur immeubles représentaient une part significative de l'endettement total, et constituaient de loin la dette garantie la plus importante, la dette hypothécaire moyenne s'élevant à 40 070 \$, avec une médiane de 54 000 \$. Ces hypothèques étaient garanties à 85 %.

Les dettes fiscales constituent une part importante de l'endettement, la moyenne s'élevant à 41 477 \$. Cependant, la médiane s'établissait seulement à 3 520 \$, ce qui semble indiquer qu'un nombre relativement peu élevé de débiteurs avait des dettes fiscales importantes. Le graphique 12 nous indique la valeur médiane d'endettement pour l'ensemble des 5 515 entreprises insolubles qui composent notre échantillon.

au particulier qui détient quatre prêts bancaires différents, ce qui exigerait des calculs manuels additionnels. En conséquence, pour faciliter le travail de recherche, le BSF pourrait également rapporter ces totaux, ce qui permettrait aux chercheurs d'analyser à leur choix la valeur médiane par type d'endettement, soit la valeur médiane totale des biens et des dettes du débiteur. Pour faciliter l'analyse des données agrégées, le BSF pourrait fournir le total des biens et le total des dettes, ce qui faciliterait la manipulation des données dans le fichier Excel. Je veux ici remercier Bernard Lau, en deuxième année de droit à la UBC, de m'avoir soumis ce commentaire.

Graphique 12
Type d'endettement par valeur médiane



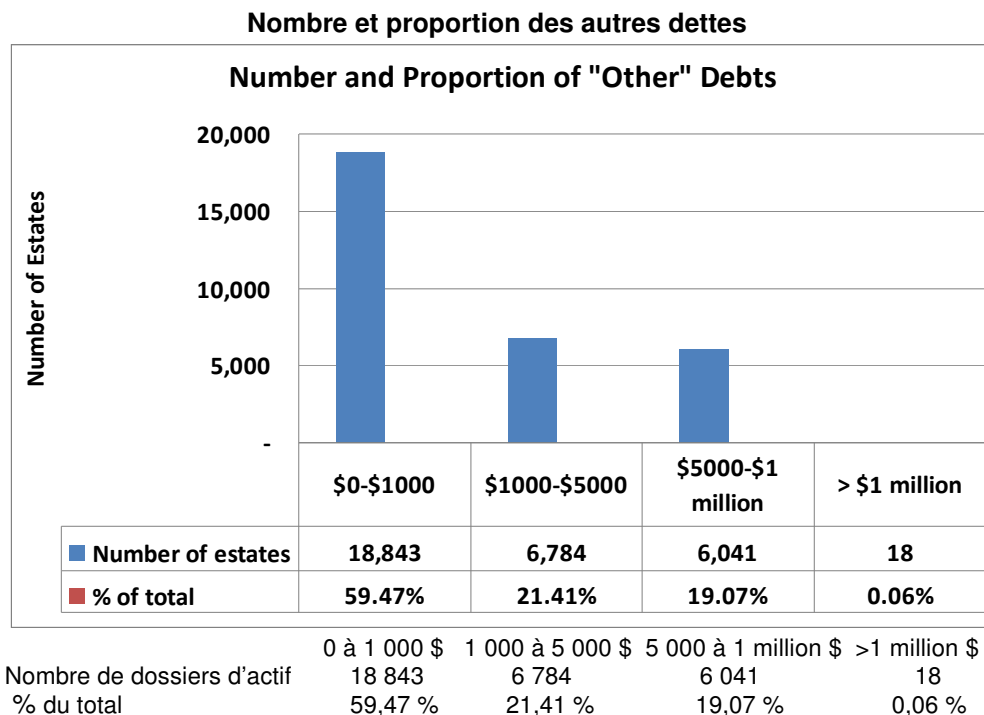
Prêts bancaires
Cartes de crédit
Sociétés de prêt
Prêts de particuliers
Autres
Hypothèques sur immeubles
Prêts étudiants
Dettes fiscales (féd., prov., mun.)

Malheureusement, nous n'avons pas été en mesure, dans le cadre de notre étude, de ventiler les données de notre cohorte majeure par types d'entreprises, ce qui nous aurait renseigné sur le genre d'endettement privilégié par chacun. Cependant, nous avons pu établir le niveau médian de l'endettement pour un sous-échantillon de 200 dossiers représentatifs, comme nous le verrons plus bas.

Les « Autres » sources d'endettement selon le tableau 7 ci-avant étaient importantes. Si, à 580 \$, la médiane de l'endettement n'était guère importante, le niveau moyen était de 58 579 \$ en raison d'un petit nombre de dettes très élevées qui avait pour effet de gonfler la moyenne. Il est assez difficile de définir avec précision ce que la catégorie « Autres » englobe. Notre étude a permis d'établir qu'on y retrouvait une forte proportion de petites dettes. En effet 60 % des dettes de cette catégorie étaient inférieures à 1 000 \$, ce qui explique que la médiane soit si faible. Et seulement 0,06 % d'entre elles dépassaient le million de dollars. Le graphique 13 ci-après nous illustre ce phénomène, à l'origine du si grand écart entre la moyenne et la médiane. La plus grande partie des petites dettes correspondaient à des dépenses encourues au jour le jour par le particulier ou l'entreprise qui n'entraient pas dans les autres catégories¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Nous n'avons relevé aucune raison permettant d'expliquer pourquoi les dettes de 1 million \$ et plus n'entraient pas dans des catégories telles que les hypothèques ou les prêts.

Graphique 13
« Autres » dettes, en nombre et en valeur



Comme le graphique 13 l'illustre, on dénombrait 18 dossiers dans la catégorie « Autres » dont la valeur de la dette dépassait le million \$, et 11 d'entre eux étaient des cas de garantie personnelle pour des dettes d'entreprises valant entre 1 million et 2,5 millions \$. On relevait deux cas extrêmes de garanties personnelles pour des dettes d'entreprises pour des montants de 18 millions \$ dans le premier, et de 7 million \$ dans l'autre. Une dette de 1 million \$ était une dette de jeu, et deux autres étaient des dettes reliées à une faillite du conjoint et à des garanties personnelles. Ces résultats semblent indiquer que, malgré les efforts faits pour prévenir les gens d'affaires contre le risque de garantir personnellement des dettes importantes, le problème semble perdurer dans certains cas. Trop souvent, la seule façon de financer une entreprise en démarrage ou une petite entreprise est de garantir personnellement la dette.

2. Observations des syndics sur les sources de l'endettement

Le sondage auprès des syndics allait nous révéler quelques éléments intéressants sur les sources de l'endettement que les données électroniques ne nous avaient pas permis d'identifier pleinement. Plus particulièrement, les syndics avaient à se prononcer sur le financement des petites et moyennes entreprises.

Sur les 50 syndics sondés, 58 % nous ont rapporté que les cartes de crédit personnelles servaient maintenant à financer les entreprises, et notamment les petites entreprises individuelles et les sociétés de personnes¹⁶⁷. Environ 10 % des syndics rapportent que les prêts personnels servent de plus en plus au

¹⁶⁷ La question posée était la suivante : Selon votre expérience, les petites entreprises ou les petites entreprises individuelles utilisent-elles des sources de crédit autres que les formes traditionnelles que sont les prêts bancaires et les cartes de crédit ?

financement d'entreprises, et 6 % d'entre eux ont constaté une augmentation dans le nombre de cas où on se sert de l'avoir net sur une maison à titre de marge de crédit pour l'entreprise.

Plus de 16 % des syndicats observent que les entreprises continuent d'utiliser les sources traditionnelles de crédit. Cependant, 4% d'entre eux soulignent le recours à des prêts à taux d'intérêt élevé pour financer l'exploitation. Un syndic remarque que la pratique de garantir l'endettement de l'entreprise à même des biens personnels est en léger déclin, mettant ce nouveau phénomène sur le compte de campagnes de sensibilisation visant à prévenir le public contre le risque d'investir ses propres biens dans une entreprise. Et 15 % des syndicats constatent dans leur pratique une augmentation du nombre des emprunts contractés auprès d'amis ou de membres de la famille.

Aux dires de 19 % des syndicats, les gouvernements sont devenus une nouvelle source de crédit. Revenu Canada est utilisé comme prêteur, et les entreprises accumulent des retards dans le paiement de leurs taxes et impôts. Les entreprises recourent de plus en plus à ce moyen pour régler leurs difficultés de trésorerie à court terme.

En outre, 14 % des syndicats mentionnent les retards dans les paiements aux fournisseurs et créanciers qui servent de plus en plus à financer les besoins de liquidités à court terme. Plus de 6 % évoquent le recours à l'affacturage qui a pour effet de créer un nouveau type de créanciers et 8 %, que la proportion de la dette due à des prêteurs spécialisés (crédit-bail) continue d'augmenter. Enfin 4 % des syndicats rapportent que certaines personnes utilisent leur Régime enregistré d'épargne-retraite pour venir au secours de leur entreprise lorsqu'elle éprouve des difficultés financières, quoique cette pratique risque de ralentir avec la nouvelle protection offerte dans le cadre des modifications projetées à la *LFI*.

L'augmentation de la dette des particuliers au Canada est en grande partie attribuable à la croissance des sources alternatives de crédit, et notamment de la plus connue d'entre elles, le prêt sur salaire. Le sondage révèle toutefois que cette source peut se révéler problématique pour financer les toutes petites entreprises individuelles. En effet, 14 % des syndicats rapportent que ces entreprises recourent au prêt sur salaire.

Bien qu'aucune étude n'ait encore été faite sur l'utilisation de ces sources alternatives par les entreprises, les professeures Ruth Berry et Karen Duncan rapportent que plus de 350 000 Canadiens utilisent le prêt sur salaire à chaque année, et que, même si le taux d'intérêt d'un tel prêt peut atteindre les 20 % pour deux semaines, il est souvent renouvelé à des conditions moins avantageuses auxquelles se greffent des frais de service¹⁶⁸. Une autre étude révèle qu'un prêt sur salaire est renouvelé en moyenne 15 fois¹⁶⁹. Mmes Berry et Duncan ont observé que, en 2006, 25% des débiteurs insolubles devaient plus de 25 % de leur revenu mensuel à des services de prêt sur salaire¹⁷⁰. Cependant, elles ont noté que les

¹⁶⁸ Ruth Berry et Karen Duncan, « L'importance des prêts sur salaire dans l'insolvabilité des consommateurs canadiens », 2007, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br02026.html>

¹⁶⁹ Ernst & Young, « The Cost of Providing Payday Loans in Canada » (2006) <http://www.cpla-acps.ca/english/reports/EYPaydayLoanReport.pdf>.

¹⁷⁰ *Ibid.* à la p.11. Le montant total de l'endettement sur salaire n'est toujours pas connu en raison du fait qu'il est souvent rapporté sous des catégories différentes. Soulignons que Mmes Berry et Duncan ont observé en 2006 que 32 % des emprunteurs sur salaire avaient déjà fait faillite ou déposé une proposition dans le passé, ce qui se compare à 15 % chez ceux qui n'avaient jamais obtenu ce genre de prêt, p.13.

dépôts de propositions et de faillites était presque les mêmes, ce qui tendrait à démontrer que le nombre de faillites à la suite d'une proposition n'est pas fonction du nombre de prêts sur salaires obtenus¹⁷¹.

Il serait intéressant d'élargir cette recherche à l'ensemble des petites entreprises pour améliorer notre compréhension de la façon dont les services financiers alternatifs peuvent avoir des effets sur l'insolvabilité des petites entreprises.

3. Types de biens

Le tableau 8 énumère les différents types de biens que détiennent les débiteurs, selon les renseignements disponibles dans la banque de données du BSF, et notamment la valeur des garanties, un estimé des montants réalisables, et la valeur médiane des biens. Malheureusement, nous n'avons pas été en mesure, dans le cadre de notre étude, de ventiler les données par type d'entreprise. Pour notre échantillon complet de 5 515 cas, il est clair que le domicile continue d'être le bien le plus important.

Tableau 8
Biens des débiteurs commerciaux, 5 515 dossiers, 2006-2008

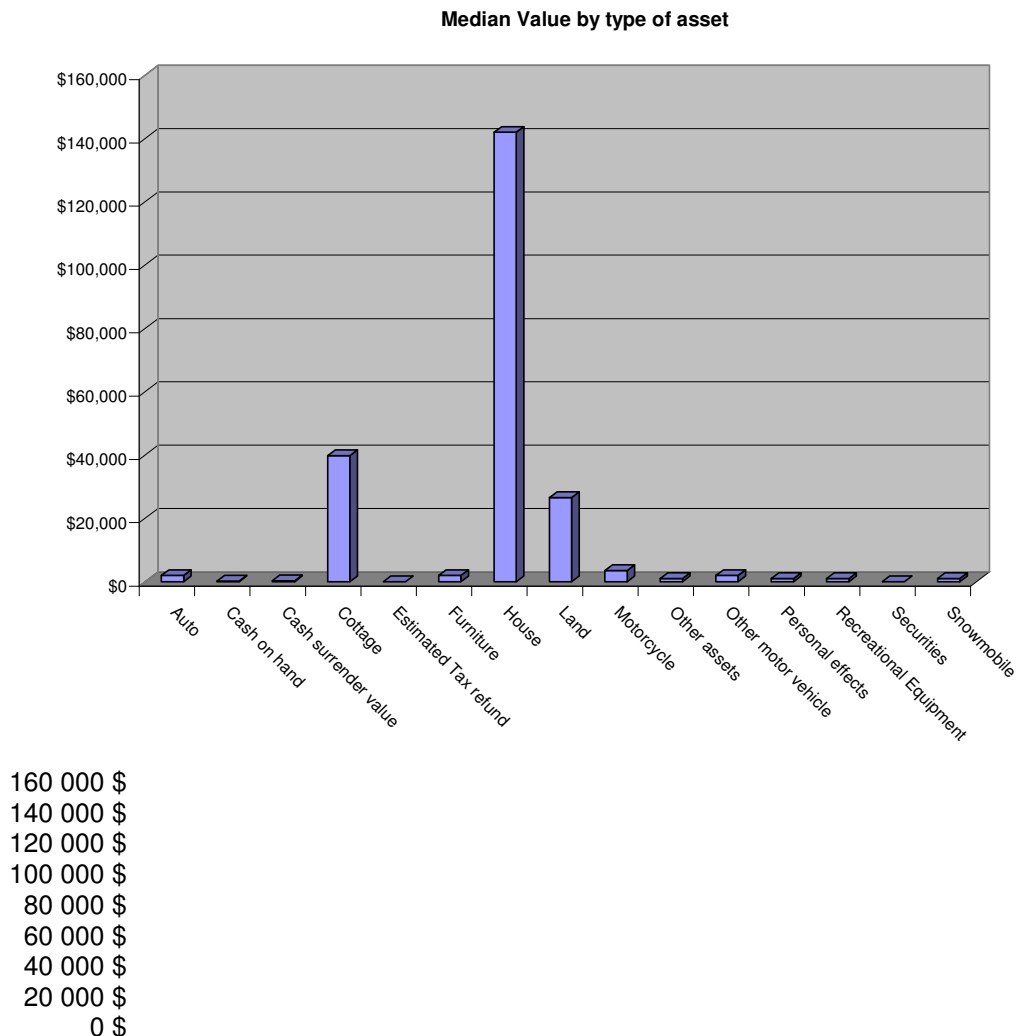
Biens du débiteur				
Type de bien	Total	Valeur des garanties	Estimé des valeurs réalisables	Valeur médiane
Automobile	23 231 435,45	17 545 945,25	766 343,98	2 000
Liquidités	1 075 118,29	80 000,00	840 539,08	200
Valeurs de rachat	17 882 963,47	530 388,90	1 679 600,29	300
Chalet	1 024 900,00	941 741,00	47 200,00	39 000
Remboursements d'impôts estimés	20 298,79	5 000,00	11 460,63	1
Ameublement	9 644 479,95	91 620,42	6 430,00	2 000
Maison	227 358 076,99	203 690 445,54	5 078 654,12	142 000
Terrain	12 807 123,00	10 215 645,15	680 398,75	26 625
Autres biens	23 771 457,70	11 807 417,41	1 909 761,05	1 000
Autres véhicules motorisés	2 487 405,25	1 903 461,25	275 426,00	3 000
Effets personnels	3 633 433,50	2 775,00	49 550,50	1 000
Matériel récréatif	1 406 501,00	1 125 507,00	217 086,00	1 000
Valeurs mobilières	2 217 631,61	484 375,07	382 135,53	1
Motoneige	238 196,00	145 984,49	53 590,00	1 000
Total	326 799 021	248 570 306	11 998 176	

¹⁷¹ *Ibid.*

La transcription graphique des valeurs médianes du tableau 8 illustre de façon on ne peut plus claire la mesure dans laquelle maisons, terrains et chalets continuent d'être les biens les plus importants des débiteurs en affaires qui recourent à la *LFI*. Et dans le cas des débiteurs en affaires qui ne bénéficient pas de la limitation de responsabilité réservée aux entreprises constituées en société, les biens personnels non grevés et saisissables servent au remboursement des dettes de l'entreprise lorsque celle-ci éprouve des difficultés financières.

Même dans le cas des petites entreprises constituées en société, les biens personnels des dirigeants sont souvent à risque advenant l'insolvabilité. Et le nombre de PME constituées en société dont les dirigeants sont parvenus à financer leur entreprise sans donner de garanties personnelles est sûrement peu élevé. Ces dirigeants sont donc autant à risque que les entrepreneurs individuels. De nombreuses faillites personnelles sont attribuables à la réalisation de ces garanties personnelles traditionnelles dans le financement des entreprises.

Graphique 14
Valeur médiane par type de biens



Automobile
 Liquidités
 Valeurs de rachat
 Chalet
 Remboursements d'impôts estimés
 Ameublement
 Maison
 Terrain
 Autres biens
 Autres véhicules motorisés
 Effets personnels
 Matériel récréatif
 Valeurs mobilières
 Motoneige

4. Biens et dettes par type d'entreprise et de procédure

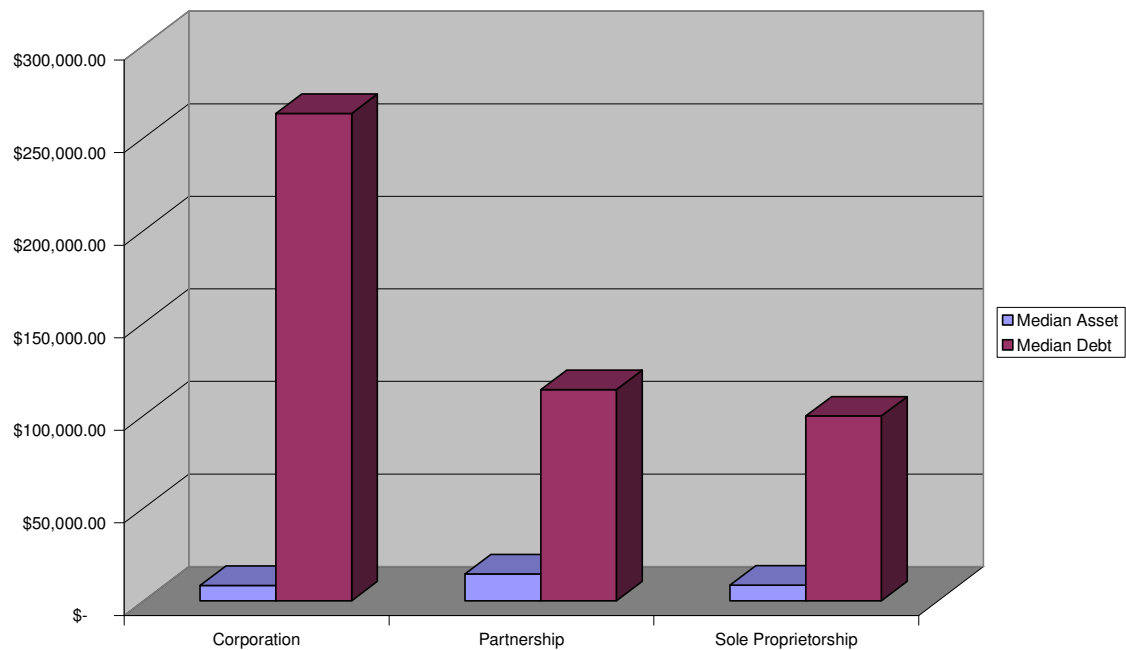
La façon dont le BSF rend compte des données ne permet pas d'isoler les sociétés de personnes des autres types d'entreprises. Pour obtenir une meilleure image de la situation, nous avons, dans le cadre de notre étude, procédé à l'analyse de 200 cas de faillite représentatifs en 2007 et 2008 sur le plan des biens et des dettes des entreprises individuelles, des sociétés de personnes, et des entreprises constituées. Les données indiquent que la valeur médiane des biens est plus basse en cas de faillite qu'en cas de proposition. Cette différence est normale, car une des raisons les plus importantes de privilégier la proposition est qu'elle permet de sauvegarder la valeur des biens de l'entreprise insolvable.

Notre étude a permis d'établir la valeur médiane des biens des entreprises constituées à 8 322 \$, celle des biens des sociétés de personnes à 14 ,552 \$, et celle des biens des entreprises individuelles à 8 500 \$. Par contre, la valeur médiane de l'endettement des entreprises constituées est bien plus élevée qu'elle ne l'est pour les sociétés de personnes ou les entreprises individuelles. En effet, le niveau de cette médiane s'établissait à 263 127 \$ pour les entreprises constituées, à 114 028 \$ pour les sociétés de personnes, et à 99 799 \$ pour les entreprises individuelles. Le graphique 15 ci-après résume ces données. Curieusement, le niveau médian de l'endettement des sociétés de personnes et des entreprises individuelles est plutôt élevé compte tenu de l'importance des risques personnels encourus dans ces types d'entreprises.

Le ratio d'endettement des entreprises constituées en société par actions qui recourent à la faillite est beaucoup plus élevé que celui des sociétés par actions ou des entreprises individuelles dans le même cas. Comme l'illustre le graphique 15, les sociétés par actions disposaient de moins de biens pour satisfaire leurs créanciers que les autres types d'entreprises.

Graphique 15
Valeur médiane des biens et des dettes, faillites commerciales

Median asset and debt, business bankruptcies



300 000 \$
 250 000 \$
 200 000 \$
 150 000 \$
 100 000 \$
 50 000 \$
 0 \$

Sociétés par actions
 Médiane des biens
 Médiane des dettes

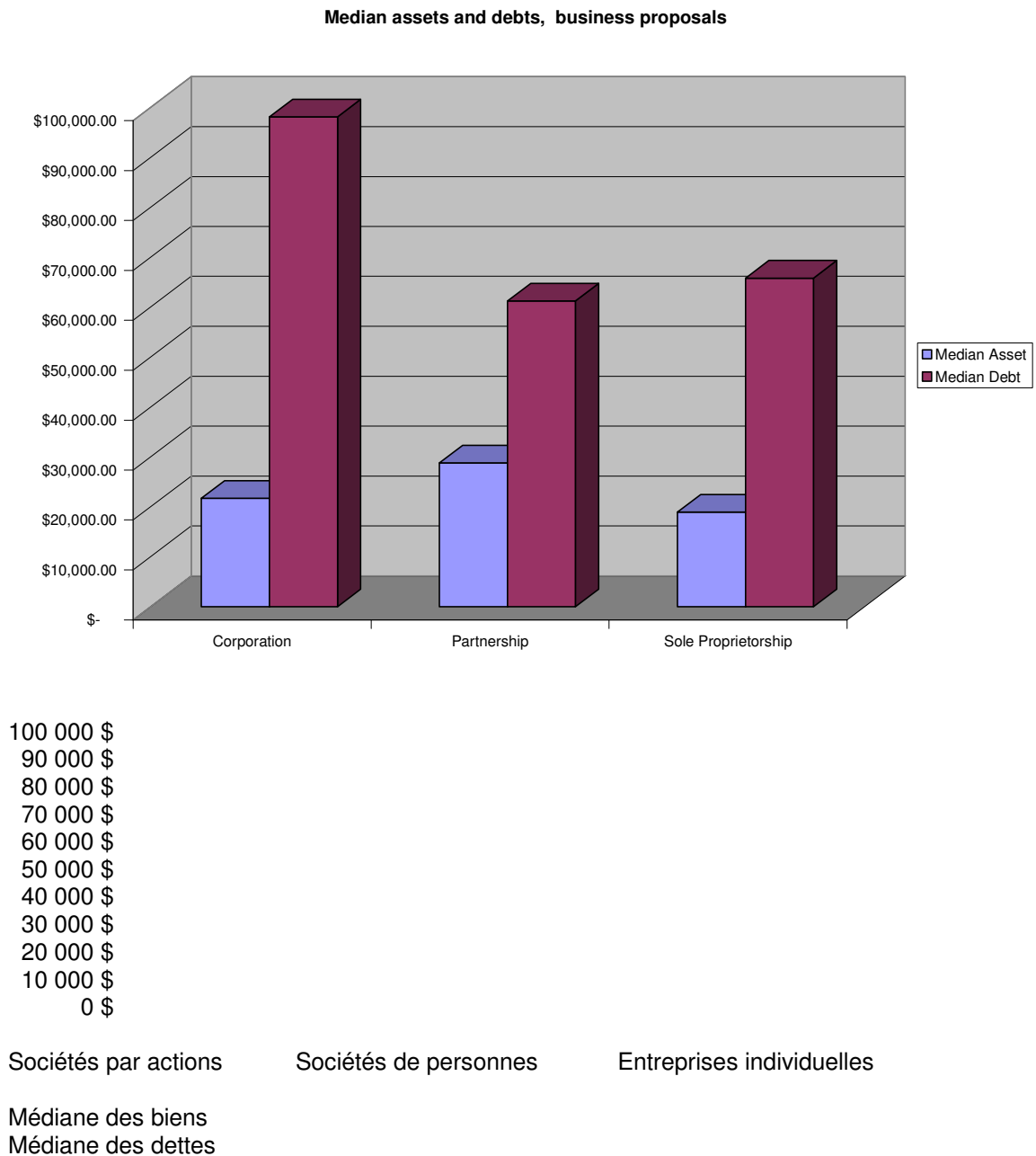
Sociétés de personnes

Entreprises individuelles

Pour ce qui est des propositions commerciales, notre étude de 200 propositions représentatives révèle un ratio d'endettement légèrement meilleur dans les trois types d'entreprises. Les sociétés par actions qui soumettent des propositions affichent un niveau médian d'endettement beaucoup plus élevé que celui des sociétés de personnes ou des entreprises individuelles. Tant pour le niveau médian de leurs biens n'est guère plus élevé que pour les autres.

La valeur médiane de l'endettement des sociétés par actions s'élevait à 98 115 \$, alors qu'elle était 61 218 \$ pour les sociétés de personnes, et de 65 800 \$ pour les entreprises individuelles. On notera que cette médiane est de beaucoup inférieure aux 5 million \$ de dettes qu'elles devraient avoir pour se prévaloir de la *LACC*. Dans le cas des sociétés par actions faisant une proposition, la valeur médiane de leurs biens s'établissait à 21 701 \$, alors qu'elle était de 28 800 \$ dans le cas des sociétés de personnes, et de 18 950 \$ dans celui des entreprises individuelles. Le graphique 16 ci-après illustre ces chiffres.

Graphique 16
Valeur médiane des biens et des dettes, propositions commerciales



Ainsi donc, dans ce sous-groupe de 200 dossiers, la valeur médiane des biens des sociétés de personnes qui avaient déposé une proposition était deux fois plus élevée que celle des entreprises qui avaient fait faillite, alors que cette proportion était la même pour les sociétés de personnes, et qu'elle était 2,5 fois plus élevée dans le cas des entreprises individuelles. Lorsque le ratio d'endettement est raisonnable, les débiteurs commerciaux sont davantage portés à soumettre une proposition à l'attention de leurs créanciers.

Le ratio d'endettement peut servir de signal d'alarmes aux PME quant à l'état de santé de leurs finances et aux risques qu'elles encourent dans la période qui précède leur insolvabilité. Il peut également leur servir d'indicateur des meilleures voies qui s'offriront à elles lorsqu'elles seront devenues insolubles.

i. Propositions de la Section II, biens et dettes

Dans une étude antérieure, l'auteur du présent texte avait examiné les données d'un échantillon de 1 063 propositions commerciales déposées sous le régime de la Section II entre 2005 et 2007¹⁷². Le graphique 17 résume les causes des difficultés financières des entreprises qui se sont prévaluées de cette Section¹⁷³. Cet échantillon se composait surtout de particuliers à la tête d'entreprises individuelles, ou associés dans une petite société de personnes. Environ 24 % des débiteurs qui avaient déposé une proposition de la Section II déclaraient que le surendettement était la principale cause de leur faillite, alors que pour 15,5 % d'entre eux, il s'agissait d'une mauvaise gestion de leurs finances. Par ailleurs, 17 % d'entre eux mettait plutôt en cause la perte d'un revenu, et pour 15,5 % d'entre eux, leurs difficultés étaient plutôt imputables à un revenu saisonnier ou à une insuffisance de revenus. Chose intéressante, ces propositions ont des incidences commerciales, et seules 3,5 % d'entre elles attribuent l'insolvabilité de leur auteur à un échec commercial. On peut donc en conclure que la proposition visait à sauvegarder l'activité commerciale lorsque la chose était possible, dans la mesure où l'auteur de la proposition tentait de régler à la fois la question de son endettement personnel et celle de son endettement commercial dans le cadre de la même procédure.

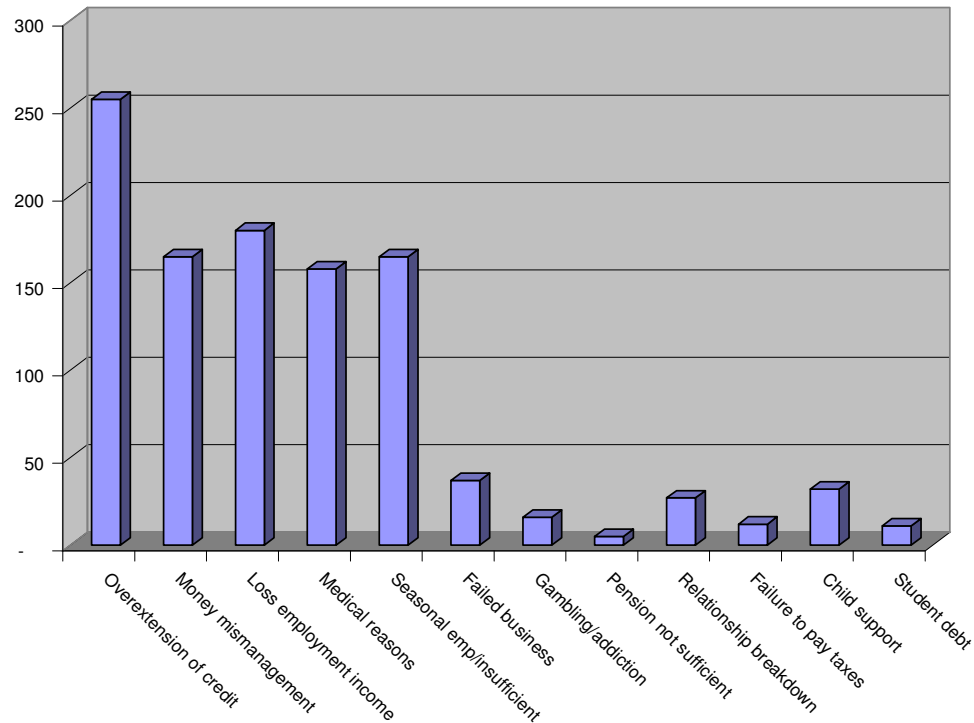
¹⁷² Janis Sarra, *Economic Rehabilitation: Understanding the Growth in Consumer Proposals*, 30 mai 2008, Étude effectuée pour le compte du Bureau du surintendant des faillites.

¹⁷³ *Ibid.* Elles sont considérées comme des propositions commerciales par le BSF parce qu'au moins 50 % de la dette est attribuable à des activités commerciales.

Graphique 17

Causes de l'insolvabilité chez les débiteurs qui déposent une proposition commerciale de la Section II

Causes of Insolvency for Debtors Filing Division II Business Proposals



Surendettement
 Mauvaise gestion financière
 Perte du revenu d'emploi
 Problèmes de santé
 Emploi saisonnier/Insuffisance de revenus
 Échec de l'entreprise
 Jeu/Problème de dépendance
 Insuffisance du revenu de retraite
 Rupture d'une relation d'affaires
 Dettes fiscales
 Pension alimentaire
 Dettes d'étudiant

Les données indiquent que, dans un certain nombre de cas, d'autres pressions financières sont à l'origine des difficultés du particulier, et qu'une proposition commerciale constituait un moyen pour tenter de sauver l'entreprise. Dans 15 % des cas, l'insolvabilité était attribuable à des problèmes de santé. Une des raisons possibles est que le particulier n'avait pas accès aux prestations supplémentaires ou au revenu de remplacement dont bénéficient souvent les employés de grandes entreprises¹⁷⁴. Cependant, on ne peut distinguer dans ces données d'une manière statistiquement significative si les chiffres se rapportent à des frais médicaux non

¹⁷⁴ Sarra, *supra*, note 151.

couverts par notre régime national d'assurance santé, ou si une partie quelconque de ceux-ci sont en fait une perte de revenus attribuable à des problèmes de santé. Ces causes semblent se confondre dans les champs réservés aux réponses descriptives, et méritent d'être étudiées plus en profondeur. Seulement 1,1 % des répondants mentionnent les dettes fiscales comme la cause de l'échec de leur entreprise. Ni les ruptures de relations d'affaires, ni les dettes d'étudiant, ni le niveau des prestations de retraite, ni les pensions alimentaires ne constituaient une cause importante de l'insolvabilité.

Voyons maintenant les types de dettes de ces personnes au moment du dépôt des procédures, le tableau 9 nous fournit la source de l'endettement de la cohorte de 1 063 débiteurs qui avaient choisi de déposer une proposition commerciale sous le régime de la Section II. On constate que les prêts hypothécaires ont joué un rôle important dans l'insolvabilité, et qu'ils peuvent expliquer pourquoi le débiteur a choisi la proposition plutôt que la faillite. En effet, 60,8 % du passif total de cette cohorte était attribuable à un prêt hypothécaire. La dette moyenne était de 144 890 \$, et la valeur médiane des prêts s'établissait à 137 000 \$.

L'endettement sur cartes de crédit représentait 14,6 % du passif total, non garanti à 98 %. Les prêts bancaires comptaient pour 12,3 % du total, exclusion faite de toute hypothèque immobilière. La moyenne des prêts était de 22 263 \$, et leur valeur médiane s'établissait 18 192 \$, ce qui pourrait signifier que l'endettement sur cartes de crédit joue un rôle important dans l'insolvabilité des débiteurs commerciaux qui choisissent de se prévaloir de la Section II, et même pour les débiteurs qui ont moins de 75 000 \$ de dettes¹⁷⁵.

Le tableau 9 nous permet également de voir que 5,7 % du passif total était attribuable à des prêts de sociétés de financement dont la plupart n'étaient pas garantis. Les syndic nous ont indiqué qu'il s'agissait souvent de prêts permettant de consolider des dettes de cartes de crédit, et qu'un tel effort pour reprendre le contrôle de la situation est souvent tenté avant de recourir à des procédures en insolvabilité.

Les dettes fiscales ne représentaient que 1,3 % du passif total en dollars, ce qui semblerait indiquer que la recherche d'un allègement fiscal ne constituait pas un motif de déposer une proposition. Cependant, 40 % de toutes les personnes qui faisaient une proposition avaient des dettes fiscales, la valeur médiane de celles-ci étant de 1 964 \$. Ce chiffre semblerait indiquer que même si les dettes fiscales ne constituaient pas une des causes principales de l'insolvabilité de ce groupe, un nombre important de personnes accumulent des retards dans le paiement de leurs obligations fiscales au cours de la période qui précède leurs difficultés financières.

¹⁷⁵ Pour une analyse de cette question, voir Janis Sarra, *Economic Rehabilitation: Understanding the Growth in Consumer Proposals*, 30 mai 2008.

Tableau 9
Source de l'endettement dans les propositions de la Section II, 1 063 dossiers

Type d'endettement	Total	Montants garantis	Montants non garantis	Montants privilégiés	Nombre de dossiers d'actif (privilégiés, non garantis et garantis)	Dette moyenne par débiteur	Valeur médiane de la dette par débiteur
Prêts bancaires (à l'exception des hypothèques immobilières)	17 342 925	3 178 779	14 164 146	-	779	22 263	18 192
Cartes de crédit Banques/Sociétés de fiducie	12 779 590	33 250	12 746 340	-	907	14 090	9 911
Cartes de crédit/ Autres émetteurs	7 747 140	12 013	7 735 127	-	844	9 179	5 843
Prêts de sociétés de financement	8 004 626	2 835 589	5 169 037	-	605	13 231	10 000
Prêts de particuliers	181 552	57 000	124 552	-	23	7 894	5 000
Autres	6 381 596	701 235	5 677 061	3 300	707	9 026	4 339
Hypothèque immobilière	85 775 072	84 972 365	802 707	-	592	144 890	137 000
Prêts d'étudiant	935 623	-	928 623	7 000	90	10 396	7 367
Dettes fiscales Féd./Prov./ Mun.	1 868 519	93 695	1 759 824	15 000	422	4 428	1 964
Total	141 016 643	91 883 925	49 107 417	25 300			

Le professeur Iain Ramsay a noté qu'on observe aux États-Unis un chevauchement important des dettes de consommation et des dettes d'affaires, de nombreux débiteurs déclarant un amalgame de motifs professionnels et personnels pour justifier leur faillite¹⁷⁶. Ce mélange des dettes peut expliquer le nombre de propositions commerciales faites sous le régime des dispositions de la Section II de la *LFI* consacrées aux propositions de consommateur.

Le tableau 10 présente le résumé des données sur les biens des débiteurs qui déposent une proposition de la Section II. La valeur médiane d'une maison s'établissait à 150 000 \$, un chiffre qui se comparait à une valeur médiane libérée de 15 000 \$ sur les prêts hypothécaires de ce groupe. La valeur des biens détenus, véhicules moteurs de toutes catégories, chalets et terrains, était importante, et il s'agissait de biens exemptés.

¹⁷⁶ Iain Ramsay, « Comparative Consumer Bankruptcy ». University of Illinois Law Review, p. 241, 2007. Disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=958190>. Iain Ramsay a mené une étude empirique de cinq ans sur 3 200 dossiers, déposés à l'origine sous les régimes des Chapitres 7, 11 et 13, dans 23 districts judiciaires différents en 1994. Son échantillon était constitué de petites et de grandes entreprises.

Tableau 10
Biens des débiteurs qui déposent une proposition de la Section II,
1 063 dossiers

Type de biens	Total (Exemptés et non exemptés)	Montants exemptés	Montants non exemptés	Valeur de réalisation estimée	Nombre de dossiers d'actif (Exemptés et non exemptés)	Valeur moyenne (Exemptés et non exemptés)	Valeur médiane (Exemptés et non exemptés)
Automobile	7 442 293	2 249 066	5 193 227	281 246	896	8 306	5 750
Liquidités	190 998	18 389	172 609	153 721	137	1 394	250
Valeurs de rachat	5 360 655	4 279 992	1 080 663	361 250	331	16 195	5 532
Chalet	129 900	-	129 900	76 800	7	18 557	16 000
Remboursements d'impôts	1	-	1	1	1	1	1
Ameublement	3 307 865	3 245 504	62 361	9 745	869	3 807	3 000
Maison	94 030 201	12 680 658	81 349 543	2 318 804	604	155 679	150 000
Terrain	225 046	-	225 046	79 117	15	15 003	8 946
Motocyclette	81 ,899	32 550	49 349	9 351	26	3 150	2 000
Autres biens	1 632 370	730 052	902 319	159 909	162	10 076	2 000
Autres véhicules motorisés	361 766	34 500	327 266	66 495	54	6 699	4 000
Effets personnels	1 146 020	1 128 490	17 530	7 500	590	1 942	1 000
Matériel récréatif	226 976	17 200	209 776	64 407	45	5 044	2 500
Valeurs mobilières	1 796 801	1 545 574	251 227	92 831	137	13,115	3 200
Motoneige	45 051	6 500	38 551	12 400	24	1 877	1 250
National	115 977 843	25 968 474	90 009 368	3 693 578			

Ce groupe de propositions de la Section II nous fournit encore un autre aperçu du genre d'endettement et des raisons qui peuvent expliquer l'insolvabilité de leurs auteurs. Nombre de ces propositions ne sont pas menées à terme, et la Partie VII qui suit analyse les données de celles qui échouent. .

VII. SUCCÈS ET ÉCHEC DES PROPOSITIONS COMMERCIALES

Le BSF rapporte également le nombre de propositions qui sont menées à terme, et celles qui échouent d'année en année. Le tableau 11 ci-après contient un résumé des données en date de la fin de 2007. Vu la période sur laquelle court une proposition, les dossiers les plus récents ne sont pas nécessairement les plus utiles pour nous permettre de reconnaître pourquoi les propositions réussissent et pourquoi elles échouent, car bon nombre d'entre elles sont toujours en cours. Si l'on examine les premières années, de 2002 à 2004, on peut voir que si plusieurs d'entre elles sont menées à terme, un nombre tout aussi important peut aussi échouer. Pour découvrir à quel moment une proposition est réputée avoir échoué et les raisons de son échec, voir le tableau 12 et l'analyse qui suit.

Tableau 11
Nombre de propositions non menées à terme selon l'année de leur dépôt, Bureau du Surintendant des faillites
2008

Année du dépôt				Total
	Non menées à terme	En cours	Menées à terme	
2002	963	83	879	1 925
2003	887	142	814	1 843
2004	807	233	684	1 724
2005	789	401	466	1 656
2006	601	514	316	1 431
2007	548	630	133	1 311
Total	4 595	2 003	3 292	9 890

Le tableau 11 indique que 50 % de toutes les propositions commerciales déposées en 2002 ont été menées à terme. Le pourcentage d'échecs s'élève à 46 %, et 4 % sont toujours en cours. En 2003, les pourcentages correspondants sont de 44 %, 48 %, et 8 %. Le nombre des dossiers toujours en cours dans les années suivantes est plus élevé. Cependant, s'agissant des propositions de 2004 qui ne sont pas toujours en cours en 2008, le taux de réussite est de 46 %, et le taux d'échec s'élève à 54 %.

La présente étude a analysé les points tournants dans l'échec d'une proposition à différentes étapes du processus, et notamment le défaut de déposer l'état de l'évolution de l'encaisse dans les dix jours, le défaut de déposer une proposition pendant la période initiale de suspension des procédures ou de toute prolongation de celle-ci après le dépôt d'un avis d'intention, l'échec de la proposition pour cause de rejet par les créanciers, le refus du tribunal d'approuver la proposition, et le défaut de pleinement exécuter la proposition. Le tableau résume les données du BSF à ce chapitre.

Tableau 12
Échec d'une proposition selon le type de procédure engagée,
Bureau du surintendant des faillites, 2008

Type de dossier	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total (et pourcentage)
Ordonnance de faillite, échec précédent d'une proposition de la Section I	1	1	1	2	0	5	10 (0,2 %)
Cession volontaire à la suite d'une proposition de la Section I	144	137	129	113	100	92	715 (15,6 %)
Proposition de la Section II retirée avant d'avoir été approuvée	7	9	7	15	11	8	57 (1,2 %)

Refus des créanciers d'accepter une proposition de la Section II	35	38	31	40	32	37	213 (4,6 %)
Proposition de la Section I en défaut	165	131	131	117	90	41	675 (14,7 %)
Défaut de déposer l'état de l'évolution de l'encaisse (cession réputée, art. 50.4 (8) a.)	33	32	36	19	21	25	166 (3,6 %)
Défaut de déposer une proposition de la Section I	154	151	110	123	114	112	764 (16,6 %)
Vote des créanciers contre une proposition de la Section I	217	209	208	229	147	185	1 195 (26,0 %)
Refus du tribunal de donner suite au vote favorable des créanciers, Ordonnance de faillite rétablie – Proposition de la Section I	0	2	0	1	0	1	4 (0,09 %)
Refus du tribunal de donner suite au vote favorable des créanciers, cession volontaire rétablie – Proposition de la Section I	0	1	0	1	4	0	6 (0,1 %)
Rejet de la demande d'approbation – Proposition de la Section I	22	9	9	12	7	8	67 (1,5 %)
Rejet de la demande d'approbation cession volontaire rétablie après une proposition de la Section I	1	1	1	0	0	0	3 (0,06 %)
Ordonnance de faillite – Annulation d'une proposition de la Section I	50	43	30	22	11	4	160 (3,5 %)
Faillite rétablie – Retrait d'une proposition de la Section II, ou refus du tribunal de donner suite au vote favorable des créanciers	0	1	0	1	0	0	2 (0,04 %)
Annulation réputée d'une proposition de la Section II, débiteur en défaut	132	121	108	90	62	30	543 (11,8 %)
Annulation par le tribunal d'une proposition de la Section II	2	0	3	4	1	0	10 (0,2 %)
Annulation réputée d'une proposition de la Section II présentée par un failli (pas de faillite)	0	1	3	0	1	0	5 (0,1 %)
Total	963	887	807	789	601	548	4 595 (100 %)

Le tableau 12 indique que le nombre de propositions non menées à terme de 2002 à 2007 s'élève à 4 595. Sur ce nombre, 166, ou 3,6 % ont connu l'échec dans les jours qui ont suivi leur dépôt pour défaut de soumettre l'état de l'évolution de l'encaisse, entraînant de ce fait une faillite réputée. Et 764 débiteurs commerciaux, soit 16,6 % du total, ont fait défaut de déposer une proposition de la Section I.

On observe donc que 20 % des procédures de proposition échouent aux tous premiers stades, avant même le dépôt de la proposition. Cela peut s'expliquer par le fait que l'avis d'intention sert à accorder au débiteur un certain répit pendant qu'il décide comment régler son insolvabilité, ce qui viendrait conforter une de nos hypothèses de travail dans la présente étude voulant que le taux de réussite des propositions est en fait plus élevé si l'on exclue les débiteurs qui n'avaient pas nécessairement l'intention de déposer une proposition. Cependant, on peut aussi argumenter que ces débiteurs commerciaux ont tenté de négocier avec leurs créanciers et ont renoncé à déposer une proposition lorsqu'ils se sont rendus compte qu'ils ne parviendraient pas à obtenir le degré de soutien nécessaire de la part de leurs créanciers. La motivation des débiteurs mérite donc d'être approfondie.

Le point tournant le plus déterminant est le rejet de la proposition par les créanciers. Notre étude révèle que 30,8 % des propositions échouent pour cause de rejet par les créanciers. Dans le cas des propositions de la Section I, 1 205 d'entre elles, soit 26,2 %, n'ont pu obtenir le soutien des créanciers au degré nécessaire¹⁷⁷. Dans le cas des propositions de la Section II, ce nombre et cette proportion sont respectivement de 213, et de 4,6 %. Ces chiffres englobent les professionnels en affaires qui tentent de rééchelonner leurs dettes.

La différence entre les résultats de ces deux types de propositions au chapitre du soutien des créanciers est peut-être fonction de l'importance de l'endettement, soit moins de 75 000 \$. Cependant, elle peut aussi dépendre du mode d'approbation des créanciers sous le régime de la Section II. En effet, les créanciers sont moins susceptibles de s'opposer à une proposition s'ils sont tenus de poser un geste quelconque pour le faire, ce qui est le cas avec une proposition de la Section II. Comme le plafond de l'endettement sera haussé à 250 000 \$ en vertu des modifications à la *LFI*, ce qui permettra à un plus grand nombre de particuliers de se prévaloir de la Section II pour faire une proposition, il est possible que ces modifications viennent réduire la proportion des cas d'échec.

On relève les cas de 715 débiteurs commerciaux, soit 15,6 %, qui ont fait une cession volontaire de leurs biens après avoir présenté une proposition de la Section I à leurs créanciers. Ici encore, le retrait de la proposition et la cession volontaire sont peut-être dus à l'incapacité des débiteurs de convaincre leurs créanciers de voter en faveur de leur proposition avant qu'elle ne soit soumise à un vote. Les données ne sont pas claires à cet égard, mais les entrevues menées auprès des syndic nous apprennent qu'il s'agit d'un scénario courant.

Dans 675 des cas, soit 14,7 % du total, l'échec de la proposition de la Section I est attribuable au défaut d'en respecter les conditions. On relève également 160 cas, soit 3,5 % du total, où une ordonnance de faillite a été rendue après l'annulation

¹⁷⁷ Ce chiffre comprend quatre cas de rétablissement d'une ordonnance de faillite après le rejet par les créanciers d'une proposition de la Section I, et six cas de rétablissement d'une cession volontaire après le rejet par les créanciers d'une proposition de la Section I.

d'une proposition de la Section I, et 10 cas, soit 0,2 % du total, où l'ordonnance de faillite a été rendue après l'échec de la proposition.

Pour ce qui est des propositions de la Section II, on relève 57 cas, soit 1,2 % du total, où les débiteurs ont retiré leur proposition avant qu'elle ne soit soumise à l'approbation du tribunal¹⁷⁸. Une fois de plus ici, le dépôt d'une proposition peut servir de moyen pour le débiteur d'obtenir un répit pendant qu'il examine ce qu'il peut faire pour régler ses difficultés financières. Cependant, si l'on considère le petit nombre de débiteurs ayant choisi de présenter une proposition de la Section II à leurs créanciers, cette pratique ne semble pas être la norme.

L'étude relève également 543 cas, soit 11,8 % du total, où une proposition de la Section II a fait l'objet d'un défaut d'exécution et d'une annulation réputée. Le taux élevé d'échec à ce point est sans doute dû à l'arbitraire des dispositions sur l'annulation réputée et aux possibilités très restreintes de rescaper une proposition après trois paiements manqués ou des arriérés de trois mois. Ce problème sera vraisemblablement réglé avec les modifications projetées qui autorisent le rétablissement d'une proposition, comme nous l'avons vu dans la Partie III.

Enfin, 10 propositions de la Section II, soit 0,2 % du total, ont été annulées par le tribunal. Les tribunaux refusent rarement d'approuver une proposition qui obtient le degré de soutien requis de la part des créanciers.

1. Point de vue des syndicats sur les facteurs qui contribuent au succès ou à l'échec d'une proposition.

Nous avons demandé aux 50 syndicats auprès desquels nous avons mené notre sondage quels étaient les facteurs qui contribuaient au succès ou à l'échec d'une proposition. Et 27 % d'entre eux ont répondu que le taux de réussite des propositions commerciales était très élevé, soulignant que les propositions qu'ils préparaient connaissaient rarement l'échec, et 20 % d'entre eux ont indiqué que les causes du succès ou de l'échec d'une proposition étaient les mêmes, qu'il s'agisse d'une société par actions, d'une société de personnes ou d'une entreprise individuelle.

Selon les syndicats sondés, le plus important facteur de réussite d'une proposition est la bonne gestion de l'entreprise. En effet, 38 % des syndicats rapportent qu'une bonne gestion, une nouvelle équipe de direction, ou un nouvel état d'esprit de la direction peuvent contribuer au succès d'une proposition commerciale, et 27 % d'entre eux estiment qu'une recapitalisation et un flux de revenus adéquats viennent en tête de liste des mesures susceptibles d'en assurer le succès, et plus précisément la capacité de financer et de restructurer les activités, de générer les revenus projetés, et d'entretenir des attentes réalistes sur l'évolution de l'encaisse de l'entreprise dans son scénario de relance.

Par ailleurs, 16 % des syndicats ont indiqué que la perception des créanciers à l'endroit du débiteur a une incidence sur les chances de succès, notamment aux chapitres de sa crédibilité et de leur volonté à contribuer à la restructuration de la dette. Si la proposition permet aux créanciers de recouvrer une somme suffisante et supérieure à celle qu'ils obtiendraient dans un scénario de faillite ou de liquidation, ils seront susceptibles d'accorder leur soutien à la proposition.

¹⁷⁸ Conformément à l'art. 66.25 de la *LFI*.

D'autre part, 7 % des syndicats ont répondu que les conditions de la proposition constituent l'élément le plus déterminant de son succès ou de son échec. Et 6 % des syndicats notent que les professionnels ont une meilleure chance de connaître le succès dans leur proposition, sans pour autant préciser pourquoi. Peut-être en raison de leur potentiel de revenus plus élevés, surtout chez les dentistes, les médecins, et autres fournisseurs de services essentiels. Parmi les autres facteurs mentionnés par les syndicats, soulignons la confiance de la clientèle, la conjoncture, la capacité de faire face aux obligations financières, la disponibilité des fournisseurs et les conditions du marché.

Selon 35 % des syndicats sondés, l'échec d'une proposition est surtout attribuable à une mauvaise gestion. La sous-capitalisation et l'irréalisme des prévisions de l'évolution de l'encaisse figurent également parmi les principales raisons qui peuvent expliquer l'échec d'une proposition, un tiers des syndicats leur en attribuant la cause. Les syndicats soulignent également l'importance d'avoir un bon plan d'affaires, et notamment des attentes réalistes quant à l'évolution de l'encaisse. En outre, 3 % des syndicats rapportent que les créanciers manipulent souvent le système en leur faveur, et rejettent une proposition lorsqu'ils peuvent mettre la main sur des biens personnels par le truchement d'une faillite. Enfin, 2 % des syndicats attribuent l'échec d'une proposition à une fraude ou à un comportement frauduleux.

Un certain nombre de syndicats signalent que les sociétés par actions et les sociétés de personnes rencontrent le succès dans leur proposition pour des raisons différentes. En effet, 21 % des syndicats répondent que la gestion est le plus important facteur de succès pour les sociétés par actions et les sociétés de personnes, alors qu'un autre 21 % affirment que du nouveau financement ou de nouveaux investisseurs sont généralement nécessaires. Et, pour 18 % des syndicats, l'absence de collaboration des créanciers garantis est la principale raison de l'échec d'une proposition d'une société par actions. Enfin, un syndic attribue le blâme à un optimisme irréaliste.

S'agissant des entreprises individuelles, les syndicats considèrent généralement que les causes du succès ou de l'échec d'une proposition sont plus diverses, les facteurs personnels jouant souvent autant un rôle que les réalités commerciales. Tout comme l'insolvabilité personnelle peut être attribuée à toute une gamme de problèmes familiaux, de santé, ou autres, qui peuvent précipiter une crise financière, il en va de même pour les propositions qui peuvent être vulnérables aux mêmes facteurs. Cela dit, 5 % des syndicats estiment que les difficultés de trésorerie sont souvent le facteur le plus déterminant, 12 % attribuent l'échec à l'échéancier de paiement arbitraire et à la faillite réputée qui s'ensuit en cas de défaut, dans la mesure où ils ne permettent pas de composer avec de courtes périodes de revenus ou des comptes à recevoir insuffisants. Les entreprises individuelles éprouvent plus de difficulté à gagner l'acceptation des créanciers que les sociétés par actions, et, à cet égard, plusieurs syndicats notent que la formation des créanciers est sans doute aussi importante que celle des débiteurs.

Les syndicats proposent une analyse beaucoup plus étoffée des raisons du succès ou de l'échec d'une proposition, et quoique la gestion et le financement aient leur importance, il y a souvent tout un enchevêtrement de facteurs, la motivation du débiteur et des créanciers n'étant pas les moindres.

2. Taux de recouvrement par voie d'une proposition plutôt que d'une faillite

Le BSF ne publie aucune donnée sur le recouvrement des créances par la voie d'une faillite plutôt que par celle d'une proposition. Cependant, des données sont disponibles sur le pourcentage des réclamations prouvées payées en vertu d'une proposition par opposition aux dividendes payés dans une faillite¹⁷⁹. Notre étude analyse les données de 4 720 dossiers complétés de propositions commerciales du 1^{er} janvier 2007 au 1^{er} avril 2009. Ces données nous ont été fournies par le BSF.

Le tableau 13 présente les pourcentages moyen et médian des sommes recouvrées par les créanciers selon la voie utilisée. Bien que le pourcentage de recouvrement moyen dans une faillite ordinaire soit de 4,93 %, la médiane est de zéro, ce qui signifie qu'il y a une grande proportion de cas de faillite où les créanciers ne récupèrent à peu près rien. Il en va de même dans les cas de faillite par administration sommaire où le taux moyen de recouvrement s'établit à 2,17 %, et où la médiane est également de zéro.

Les données indiquent que le pourcentage des sommes recouvrées est nettement plus élevé dans le cas des propositions, mais pas autant qu'on serait porté à le croire. Dans le cas des propositions de la Section I, le taux de recouvrement moyen est de 7,65 %, mais la médiane n'est que de 3,13 %. Dans le cas des propositions de la Section II, le taux de recouvrement moyen est de 8,13 %, mais, à 1,39 %, la médiane se situe à un niveau beaucoup plus bas. .

Tableau 13
Taux de recouvrement selon la procédure employée,
1^{er} janvier 2007 au 1^{er} avril 2009

	Dividende moyen en pourcentage de la dette non garantie	Dividende médian en pourcentage de la dette non garantie
Section I	7,65 %	3,13 %
Section II	8,13 %	1,39 %
Administration ordinaire	4,93 %	0,00 %
sommaire	2,17 %	0,00 %

Le graphique 18 ci-après présente les mêmes chiffres différemment.

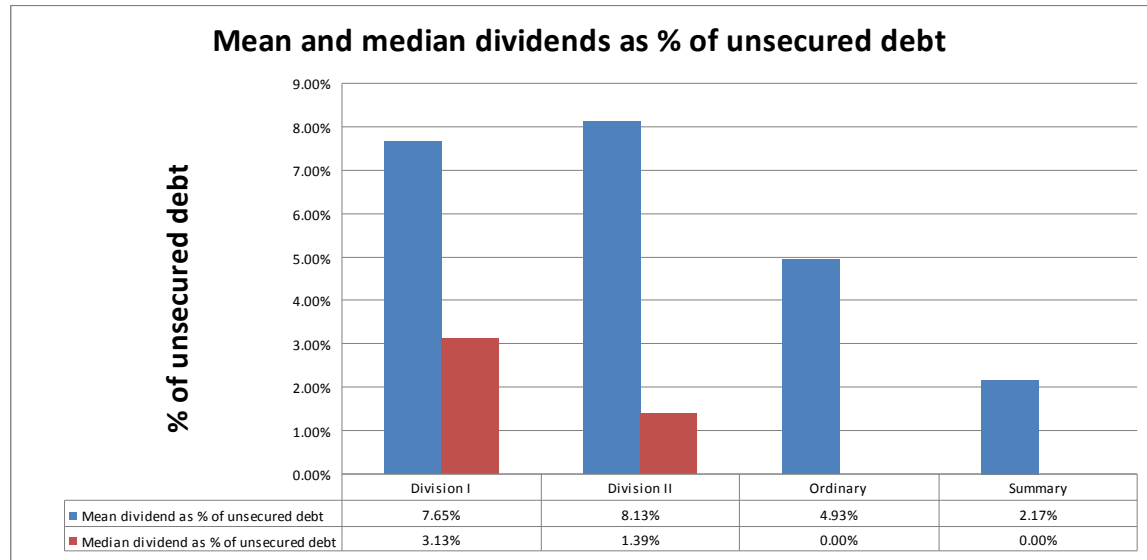
¹⁷⁹ Déduction faite du prélèvement sur les dividendes.

Graphique 18
Taux de recouvrement selon la procédure employée

Dividende moyen et médian en pourcentage de la dette non garantie

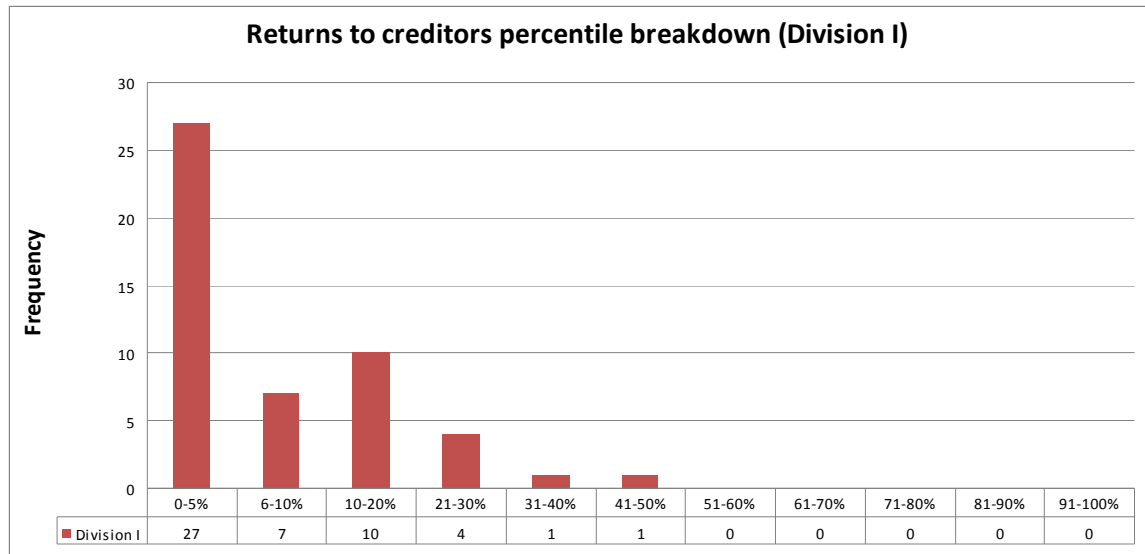
Pourcentage de la dette non garantie

	Section I	Section II	Administration ordinaire	Administration sommaire
Dividende moyen en % des dettes non garanties	7,65 %	8,13 %	4,93 %	2,17 %
Dividende médian en % des dettes non garanties	3,13 %	1,39 %	0,00 %	0,00 %



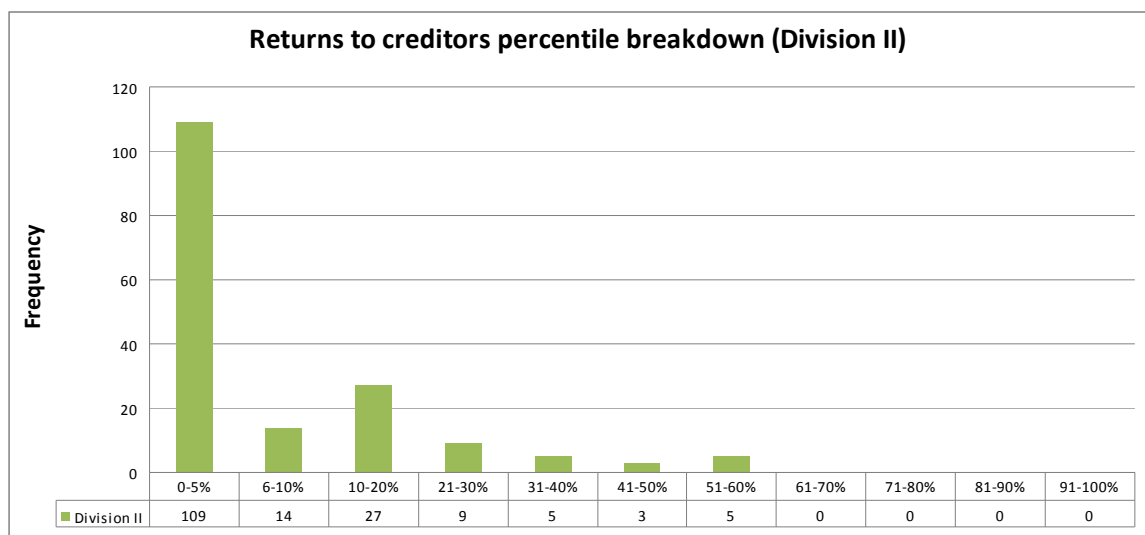
Le graphique 19 classe les taux de recouvrement dans les propositions de la Section I selon leur percentile. Sur les 50 dossiers complétés au cours de cette période, les sommes récupérées par dossier étaient inférieures à 5 % dans plus de la moitié des cas, ce qui explique la faiblesse de la valeur médiane dans l'ensemble. Cependant, dans 12 % des cas, les créanciers ont été en mesure de recouvrer plus de 20 % de la valeur de leur réclamation. Et si l'on ajoute le percentile suivant, les créanciers ont récupéré au moins 10 % de leur réclamation dans 32 % des cas.

Graphique 19
Classement des taux de recouvrement
dans les propositions de la Section I
par percentile



Le graphique 20 classe les taux de recouvrement dans les propositions de la Section II selon leur percentile. Sur les 172 dossiers complétés au cours de cette période, soit 63 % des dossiers, les sommes récupérées par dossier étaient inférieures à 5 %, ce qui explique la faiblesse de la valeur médiane dans l'ensemble. Cependant, dans 12,8 % des cas, les créanciers ont été en mesure de recouvrer plus de 20 % de la valeur de leur réclamation. Et si l'on ajoute le percentile suivant, les créanciers ont récupéré au moins 10 % de leur réclamation dans 28,5 % des cas.

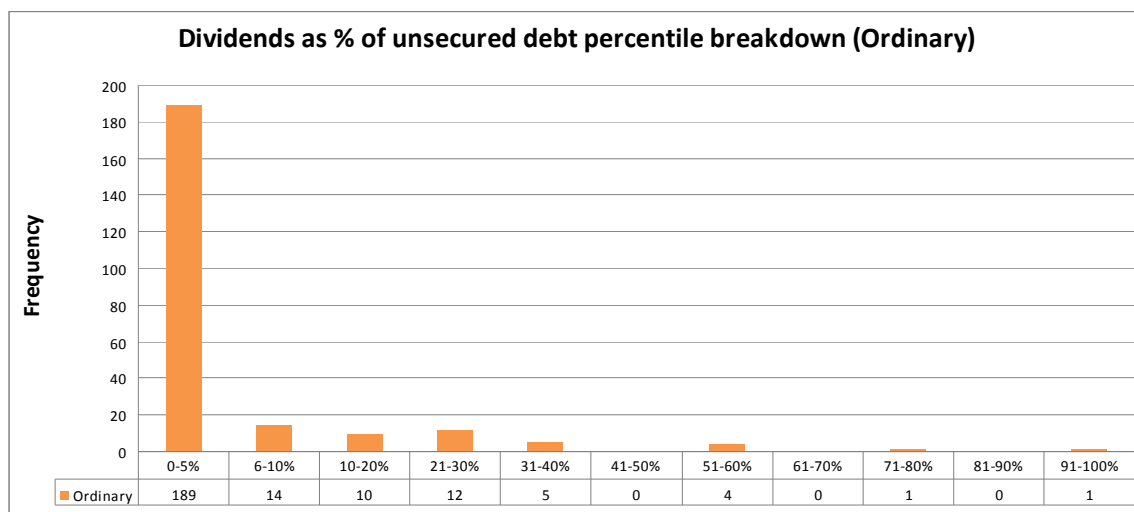
Graphique 20
Classement des taux de recouvrement
dans les propositions de la Section II
par percentile



Si l'on se tourne maintenant vers les procédures de faillite, le graphique 21 nous indique le classement des taux de recouvrement par percentile dans les cas d'administration ordinaire de faillite. Sur les 236 dossiers d'administration ordinaire complétés au cours de cette période, les sommes recouvrées par dossier étaient inférieures à 5 % dans 80 % des cas, ce qui explique la valeur médiane de zéro pour l'ensemble. Cependant, dans 10 % des cas, les créanciers ont été en mesure de recouvrer plus de 20 % de la valeur de leur réclamation. Et parmi ceux-ci, il ne se trouve que deux cas où les créanciers ont recouvré plus de 70 % de la valeur de leur réclamation.

Graphique 21
Classement des taux de recouvrement
dans les faillites sous administration ordinaire
par percentile

Classement des dividendes en % de la dette non garantie (administration ordinaire)

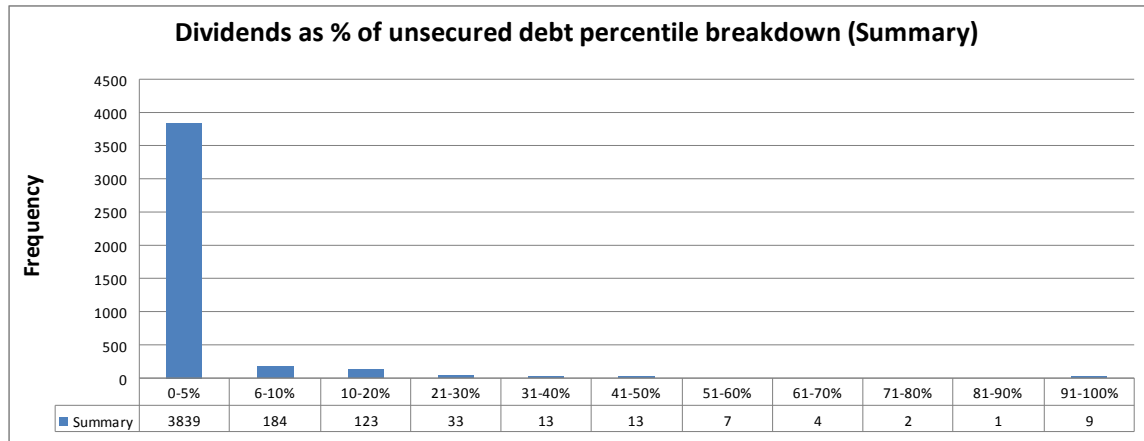


Si l'on prend maintenant le cas des faillites sous administration sommaire, le graphique 22 illustre les taux de recouvrement par percentile. Sur les 4 228 dossiers de faillite sous administration sommaire complétés au cours de cette période, les sommes recouvrées par dossier étaient inférieures à 5 % dans 80 % des cas, ce qui explique la valeur médiane de zéro pour l'ensemble.

Cependant, les créanciers ont été en mesure de recouvrer plus de 20 % de la valeur de leur réclamation dans 1,9 % des cas. Et sur ce nombre, on compte neuf cas où les créanciers ont pu recouvrer 100 % de la valeur de leur réclamation.

Graphique 22
Classement des taux de recouvrement
dans les faillites sous administration sommaire
par percentile

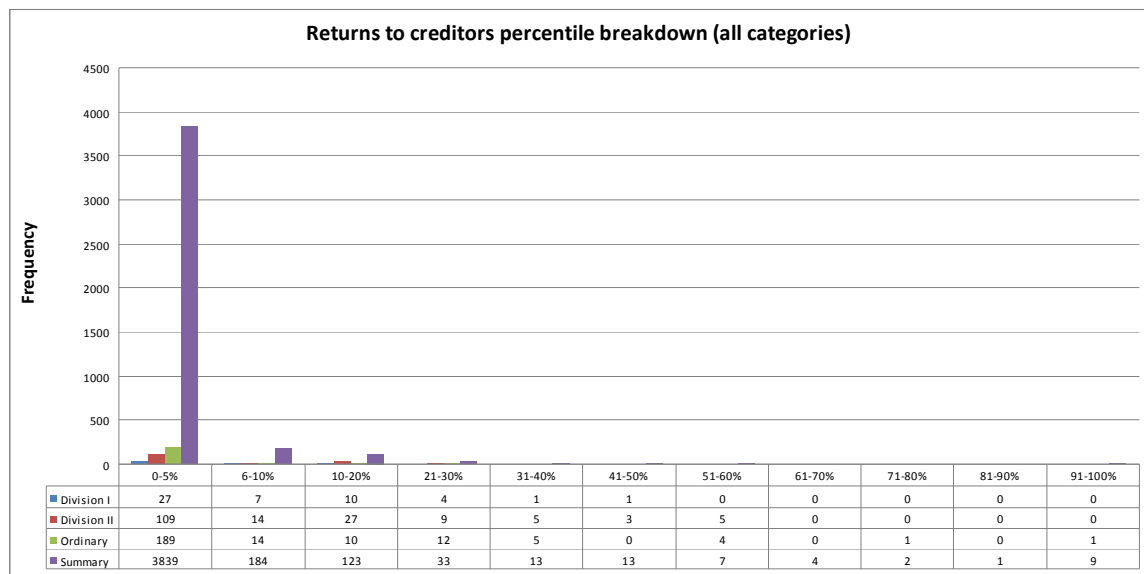
Classement des dividendes en % de la dette non garantie (administration sommaire)



Ainsi donc, quoiqu'on observe un taux de recouvrement plus élevé dans le contexte des propositions commerciales que dans celui des faillites d'affaires, le taux de recouvrement exprimé en pourcentage de la valeur de la réclamation des créanciers n'est pas aussi élevé qu'on aurait pu le croire. Cependant, il demeure plus élevé que dans le contexte des deux possibilités de faillite, tout en offrant certains avantages aux créanciers, et notamment aux employés et aux fournisseurs.

Le graphique 23 est une juxtaposition des graphiques 19 à 22 qui permet d'illustrer visuellement le faible taux de recouvrement en cas d'insolvabilité ou de faillite commerciale sous le régime de la *LFI*.

Graphique 23
Classement des taux de recouvrement
Insolvabilité commerciale, tous types de dossiers confondus



VIII. FACTEURS ADDITIONNELS AYANT UNE INCIDENCE SUR LE CHOIX DE LA PROCÉDURE

Il existe toute une série d'autres facteurs qui influencent la façon dont une entreprise insolvable choisit de régler ses problèmes financiers. Dans cette Partie, nous nous pencherons sur plusieurs d'entre eux.

1. Mise sous séquestre avant la faillite

La mise sous séquestre constitue un des aspects de l'insolvabilité commerciale. En 2008, la mise sous séquestre a été fortement utilisée en Ontario, en Colombie-Britannique, et en Alberta, et à un moindre degré dans les autres provinces, comme l'illustre le tableau 12 ci-après. En Alberta, on enregistrerait une augmentation de 150 % du nombre de cas sur l'année précédente.

Pour ce qui est de 2008, le BSF rapporte une diminution sur l'année précédente, surtout dans le nombre de cas de mise sous séquestre ordonnée par le tribunal, comme l'illustre le tableau 14 ci-après. En Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, au Québec et à Terre-Neuve, on ne pratique que la mise sous séquestre privée. La Colombie-Britannique et l'Ontario font appel aux deux méthodes, quoique la voie privée soit plus fréquemment utilisée, vraisemblablement parce que le créancier qui nomme le séquestre a davantage de contrôle sur les activités de celui-ci, et que les coûts de réalisation ont tendance à être moins élevés. L'Alberta s'inscrit contre la tendance nationale, avec 53 cas de mise sous séquestre ordonnée par le tribunal, alors qu'il n'y avait que 17 cas de nomination privée. Le tableau indique également le montant des biens sous séquestre.

Tableau 14
Mises sous séquestre, 2008, Statistiques sur l'insolvabilité au Canada, BSF

	Volume			Biens déclarés (\$)
	2008	2007	Variation en %	
Terre-Neuve et Labrador	5	8	-37,5	2 012 923
Nomination par le tribunal	0	0	—	0
Nomination privée	5	8	-37,5	2 012 923
Île-du-Prince-Édouard	7	1	600,0	1 882 000
Nomination par le tribunal	2	1	100,0	1 047 000
Nomination privée	5	0	—	835 000
Nouvelle-Écosse	32	23	39,1	9 996 095
Nomination par le tribunal	0	3	-100,0	0
Nomination privée	32	20	60,0	9 996 095
Nouveau-Brunswick	20	19	5,3	13 584 371
Nomination par le tribunal	0	0	—	0
Nomination privée	20	19	5,3	13 584 371
Québec	25	23	8,7	83 625 992
Nomination par le tribunal	0	4	-100,0	0
Nomination privée	25	19	31,6	83 625 992
Ontario	294	393	-25,2	1 256 173 097
Nomination par le tribunal	60	111	-45,9	178 802 000
Nomination privée	234	282	-17,0	1 077 371 097
Manitoba	24	10	140,0	45 458 792
Nomination par le tribunal	3	3	0,0	2 209 108
Nomination privée	21	7	200,0	43 249 684
Saskatchewan	8	2	300,0	21 310 865
Nomination par le tribunal	2	1	100,0	17 079 000

Nomination privée	6	1	500,0	4 231 865
Alberta	70	28	150,0	284 056 917
Nomination par le tribunal	53	14	278,6	265 224 719
Nomination privée	17	14	21,4	18 832 198
Colombie-Britannique	75	66	13,6	99 085 850
Nomination par le tribunal	24	20	20,0	70 248 923
Nomination privée	51	46	10,9	28 836 927
Territoires du Nord-Ouest	0	1	-100,0	0
Nomination par le tribunal	0	0	—	0
Nomination privée	0	1	-100,0	0
Yukon	0	0	—	0
Nomination par le tribunal	0	0	—	0
Nomination privée	0	0	—	0
Nunavut	0	0	—	0
Nomination par le tribunal	0	0	—	0
Nomination privée	0	0	—	0
Canada	560	574	-2,4	1 817 186 902
Nomination par le tribunal	144	157	-8,3	534 610 750
Nomination privée	416	417	-0,2	1 282 576 152

Les données sectorielles de mises sous séquestre de 2008 ne sont pas encore disponibles. L'analyse des données de 2007 permet de constater que la mise sous séquestre est plus fréquente dans le secteur manufacturier, le commerce de gros et de détail, l'hébergement et les services de restauration, que dans tout autre secteur, comme l'illustre le tableau 15 ci-après. On constate toutefois qu'en Ontario, la mise sous séquestre est utilisée dans un éventail plus large de secteurs, comme l'indique le tableau 16.

Tableau 15
Mises sous séquestre signalées au Canada en 2007,
par type d'industrie (SCIAN) ¹⁸⁰

Type d'industrie (SCIAN)	Nombre de dossiers	Total des biens
Agriculture, foresterie, pêche et chasse	25	26 876 401
Extraction minière et extraction de pétrole et de gaz	15	75 578 229
Services publics	5	212 596 356
Construction	22	12 846 967
Fabrication	117	325 858 268
Commerce de gros	48	89 475 032
Commerce de détail	94	63 958 871
Transport et entreposage	23	17 829 092
Industrie de l'information et industrie culturelle	11	16 308 158
Finances et assurances	30	31,462 160
Services immobiliers et services de location et de location à bail	22	89 668 615
Services professionnels, scientifiques et techniques	22	172 168 451
Gestion de sociétés et d'entreprises	12	24 790 901
Services administratifs, de soutien, des déchets et d'assainissement	4	8 532 947
Services d'enseignement	2	1 602 948
Soins de santé et assistance sociale	3	7 162 671
Arts, spectacles et loisirs	33	30 040 466
Hébergement et services de restauration	77	76 032 258
Autres services, sauf les administrations publiques	17	3 676 134
Administrations publiques	0	0
Total	582	1 286 464 926

¹⁸⁰ BSF, selon les déclarations des débiteurs, et selon les groupes principaux du SCIAN (1997).

Tableau 16
Mises sous séquestre signalées en Ontario en 2007,
par type d'industrie (SCIAN)¹⁸¹

Type d'industrie (SCIAN)	Nombre de dossiers	Total des biens
Agriculture, foresterie, pêche et chasse	5	16 122 809
Extraction minière et extraction de pétrole et de gaz	4	1 931 755
Services publics	5	212 596 356
Construction	11	10 991 170
Fabrication	80	303 561 150
Commerce de gros	33	78 870 305
Commerce de détail	60	57 282 538
Transport et entreposage	18	13 921 862
Industrie de l'information et industrie culturelle	9	15 486 972
Finances et assurances	22	11 958 160
Services immobiliers et services de location et de location à bail	14	66 143 390
Services professionnels, scientifiques et techniques	10	164 741 652
Gestion de sociétés et d'entreprises	8	23 958 006
Services administratifs, de soutien, des déchets et d'assainissement	4	8 532 947
Services d'enseignement	1	1 601 948
Soins de santé et assistance sociale	3	7 162 671
Arts, spectacles et loisirs	28	28 033 466
Hébergement et services de restauration	66	74 903 724
Autres services, sauf les administrations publiques	15	3 675 134
Administrations publiques	0	0
Total	396	1 101 476 016

¹⁸¹ BSF, L'insolvabilité au Canada en 2007, http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/collection_2009/ic/Iu73-4-2007F.pdf, selon les déclarations des débiteurs, et selon les groupes principaux du SCIAN (1997).

On a demandé aux syndics de commenter leurs expériences de mise sous séquestre avant une faillite. Dans le cas des sociétés par actions, 76 % des syndics ont répondu que ce genre d'entreprise ne passe généralement pas par une mise sous séquestre avant de déclarer faillite. Elles déclarent plutôt faillite immédiatement, ce qui leur permet d'assumer sur-le-champ la surveillance des activités, et de prendre avantage du plan de distribution prévu par la *LFI*.

On observe toutefois certaines différences régionales. Les syndics de Terre-Neuve soulignent qu'il y a très peu de faillites de sociétés par actions dans cette province. La grande majorité de ce type d'entreprise préfère la mise sous séquestre, observation intéressante vu qu'on ne comptait que cinq cas de mises sous séquestre en 2008. En Ontario, on relève de nombreux cas où l'on procède à la liquidation des biens sans passer par les procédures de faillite. Il peut y avoir une proposition et une liquidation à l'issue de la mise sous séquestre, soit sur une base privée si le nombre de créanciers est peu élevé, ou soit sous le régime des dispositions de la *LFI* lorsque les créanciers sont nombreux¹⁸². Un syndic a répondu qu'il reste généralement trop peu de biens pour faire faillite après une mise sous séquestre.

Ainsi 16 % des syndics rapportent que la mise sous séquestre et la faillite procèdent souvent concurremment, alors que 8 % d'entre eux indiquent que cette façon de procéder n'est plus très fréquente¹⁸³. Le BSF n'a pas été en mesure de nous fournir de données sur le nombre de procédures de mise sous séquestre ou autres qui se déroulaient concurremment. Il serait utile de disposer de ces données dans l'avenir.

Les syndics rapportent à 78 % que les entreprises individuelles sont rarement mises sous séquestre. Ils expliquent que les particuliers propriétaires de ces entreprises font généralement cession de leurs biens en faillite car la valeur de ceux-ci est plutôt faible. Ils déposent donc une proposition ou font faillite sans passer par une mise sous séquestre. Dans les dossiers de peu d'importance, les syndics nous précisent que les biens sont vendus aux enchères, et qu'il n'y a souvent guère de raison de procéder par voie de mise sous séquestre et par voie de faillite. Lorsqu'il s'agit de plus petites entreprises, les créanciers n'ont aucun intérêt financier à nommer un séquestre.

Un quart des syndics sondés ont répondu que, dans le cas des sociétés par actions et des sociétés de personnes, on procède généralement par voie de mise sous séquestre lorsque certaines dettes doivent être subordonnées. Les créanciers garantis souhaitent souvent qu'un séquestre soit nommé pour prendre des mesures conservatoires, tenir une enquête sur le débiteur au sens de la *LFI*, et récupérer des pertes. Dans certains cas, un vérificateur est nommé, surtout lorsque les créanciers garantis n'ont pas confiance dans la bonne gestion de l'entreprise au cours du processus menant à une proposition, et notamment quant aux décisions prises par l'entreprise débitrice.

La décision de placer une entreprise sous séquestre est fonction des circonstances particulières de chaque cas, et plus particulièrement l'existence de suffisamment de biens pour satisfaire les réclamations des créanciers garantis. Deux syndics nous ont mentionné qu'en raison de la taille des sociétés par actions, les banques jouent un rôle majeur dans la décision à savoir s'il y va de leur intérêt de mettre d'abord une entreprise sous séquestre.

¹⁸² Plusieurs syndics ont évoqué la possibilité de recourir à la LACC, mais appréciaient que la présente étude soit consacrée aux procédures entreprises sous la *LFI*.

¹⁸³ Ces données ont été demandées au BSF mais ne sont pas encore disponibles.

2. Cession volontaire ou cession forcée

S'agissant de la possibilité de procéder de façon volontaire plutôt que forcée, 97 % des syndics conviennent que la faillite est le plus souvent volontaire dans le cas des grandes sociétés et des entreprises individuelles. Les syndics expliquent ce phénomène de la façon suivante.

Premièrement, les coûts d'une cession forcée sont prohibitifs, vu l'importance des frais judiciaires. Lorsqu'il s'agit d'une société de personnes dont les associés décident de se séparer, on commence d'abord par une mise sous séquestre, et la cession des biens intervient ensuite sur une base volontaire. Dans le cas d'une grande société, la cession des biens intervient généralement pendant la période de mise sous séquestre, de façon à minimiser le risque de responsabilité personnelle des administrateurs ou de l'actionnaire qui détient un bloc de contrôle. Lorsque la cession est forcée, le créancier doit prendre l'initiative des procédures, ce qu'il fait rarement à moins d'être préoccupé par la fraude ou la conservation des biens du débiteur. Les créanciers préfèrent plutôt laisser tomber lorsque la dette est peu importante pour éviter d'avoir à encourir des frais pour obtenir un jugement de faillite. Ils peuvent bien tenter d'exercer des pressions sur le débiteur, mais si la dette est peu importante, il n'est guère rentable de présenter une requête en faillite. Les pressions peuvent inciter le dépôt d'une proposition ou une cession volontaire. Les syndics nous ont indiqué qu'il est rare pour un créancier de déposer une requête en faillite et d'obtenir gain de cause. De plus, cette façon de procéder est plus coûteuse pour les créanciers tant des grandes entreprises que des entreprises individuelles.

Les créanciers ne sont généralement pas obligés de forcer la faillite, parce que les débiteurs le savent quand leur entreprise échoue. Les syndics nous ont rapporté que la plupart des cessions sont volontaires parce que les gens savent quand ils ne sont plus en mesure de poursuivre les activités de l'entreprise. Peu importe le type d'entreprise, ses dirigeants savent qu'elle ne peut plus survivre, et ne veulent pas assumer le coût de poursuites, ou n'ont plus les moyens de le faire.

Les faillites sont provoquées par les créanciers non garantis, et les perspectives de recouvrement sont plutôt limitées. Pour forcer la faillite, ils doivent déposer une requête en faillite, ce qui les oblige à garantir au syndic le paiement de ses honoraires, et à encourir souvent des frais judiciaires importants. Le faible taux de recouvrement de ces créanciers non garantis rend non rentable le recours aux tribunaux, car les sommes récupérées ne justifient pas les dépenses encourues pour présenter une requête en faillite.

Par ailleurs, 2 % des syndics se sont déclarés en désaccord avec le fait que les procédures de faillite étaient surtout volontaires, ce qui suggère que, dans leur pratique, seuls les propriétaires d'entreprises individuelles font volontairement cession de leurs biens en consultant un syndic de leur propre initiative lorsqu'ils éprouvent des difficultés financières, alors que les grandes entreprises sont mises en faillite contre leur gré car les prêteurs nomment habituellement un séquestre dès que la débitrice éprouve des difficultés financières.

3. Dispositions législatives susceptibles d'avoir une influence sur le choix de la procédure

Le sondage demandait également aux syndicats quels facteurs pouvaient, selon leur expérience, avoir une incidence sur le choix de la procédure. C'est ainsi que 40 % d'entre eux ont répondu que le langage même de la *LFI* incitait à choisir une proposition. La majorité des syndicats notaient que les dispositions sur l'avis d'intention accordaient au débiteur beaucoup de latitude, ce qui expliquait le plus grand nombre de propositions commerciales.

Le contrôle du processus joue un rôle important. On choisit une proposition de préférence à la faillite parce que, dans ce dernier cas, le BSF détermine le montant de revenu excédentaire qui doit être versé à l'actif, alors que le débiteur conserve une plus grande marge de manoeuvre dans le cadre d'une proposition. Pour les particuliers à revenu élevé, il est plus judicieux de faire une proposition. Le débiteur fait souvent le choix d'une proposition parce que l'entreprise peut ainsi demeurer en exploitation.

Mais 15 % des syndicats estiment pour leur part que la *LFI* décourage plutôt le choix d'une proposition. Plusieurs syndicats croient en effet que l'exigence prévue à l'article 60 de verser à la Couronne, dans les six mois, le montant de ses réclamations avec les pénalités et les intérêts constitue un obstacle majeur à la présentation d'une proposition, dans la mesure où les débiteurs sont souvent incapables de satisfaire à cette exigence en raison de leur trésorerie limitée.

Une autre explication de l'effet dissuasif de la *LFI* sur le recours à la proposition est le refus des créanciers d'accepter moins que la totalité de leur créance dans le cas des grandes sociétés. Trois syndicats ont rapporté que les entreprises concluent des ententes particulières à l'insu des syndicats, et que les créanciers exercent souvent des pressions sur les débiteurs en leur disant qu'ils vont voter contre la proposition s'ils refusent d'accepter de telles ententes. Ces pratiques dont font état les syndicats dans le sondage ne sont pas généralement rapportées au registraire, ou au tribunal au stade de l'approbation. Si tel devait être le cas, elles auraient vraisemblablement un effet important sur la décision du tribunal. Ce genre d'activité mérite un complément d'enquête, sous forme d'une entrevue face à face avec les débiteurs, par exemple, pourvu qu'ils soient disposés à s'y prêter.

Quand la dette est réglée pour moins que le montant total, il y a remise de dette. Le montant ainsi remis devient un revenu imposable, ce qui peut avoir des conséquences importantes. Les syndicats rapportent également que les réclamations de TPS sont incluses dans une proposition sous la catégorie des créances non garanties, et elles sont réduites en proportion de la remise consentie, ce qui peut donner ouverture à une poursuite en responsabilité pour cause de perception excessive. Ces problèmes fiscaux sont de nature à décourager certains débiteurs de faire une proposition.

On nous a fait remarquer que la règle des trente jours qui autorise certains fournisseurs à reprendre possession de leurs marchandises impayées peut parfois inciter les créanciers à faire pression pour mettre le débiteur en faillite, car cette disposition n'existe pas en cas de proposition, ce qui permet aux entreprises d'utiliser leurs stocks comme fonds de roulement.

Plusieurs syndicats nous disent être peu enclins à poursuivre l'exploitation d'une entreprise si elle doit se solder par une faillite, en raison des obligations imposées aux séquestres en matière de réclamations de la Couronne et autres. La publicité

peut aussi dissuader un débiteur de faire faillite ou l'exigence de publication d'un avis de faillite dans les journaux ou de la tenue d'une première assemblée des créanciers, surtout pour les sociétés par actions, et particulièrement dans les petites localités.

Les syndicats ont noté que la disposition projetée d'un délai de 21 mois pour les débiteurs qui ont un revenu excédentaire est de nature à inciter un plus grand nombre de débiteurs à présenter une proposition, car l'écart entre les conditions de la faillite et d'une proposition sera réduit. Il sera intéressant d'observer l'évolution des statistiques de faillites et de propositions au cours des prochaines années, en fonction du montant offert dans une proposition.

Un autre facteur qui influence le choix de la procédure est la cote de crédit du débiteur. Plus précisément, la cote de crédit de ce dernier sera-t-elle plus touchée s'il choisit la proposition plutôt que la faillite? Or les agences d'évaluation du crédit notent de la même façon les particuliers qui font une faillite ou une proposition. Si la proposition n'est pas menée à terme, le débiteur risque de se retrouver avec un mauvais dossier plus longtemps. Ainsi donc, sur le plan du dossier de crédit, il n'existe aucun incitatif à présenter une proposition. Cette question revêt une grande importance si l'intérêt public commande de favoriser le recours aux propositions.

Notre étude a tenté de déterminer si certains débiteurs cherchant à se lancer en affaires recouraient plus d'une fois à la faillite. Par exemple, retrouve-t-on des particuliers qui constituent une société, déclarent faillite, se débarrassent de leurs dettes, et recommencent le même manège? C'est une conclusion à laquelle les données électroniques ne nous ont pas permis de parvenir. Le BSF pourrait donc se voir confier le mandat de procéder à une cueillette plus exhaustive des renseignements sur les particuliers impliqués dans une entreprise insolvable, comme celles que l'on retrouve dans le registre des actionnaires, ou les noms des anciens administrateurs et des administrateurs actuels, et des personnes qui ont constitué l'entreprise en société. Les formulaires de faillite pourraient contenir une question demandant au débiteur s'il a déjà été administrateur ou dirigeant d'une entreprise en faillite.

Le sondage mené auprès des syndicats nous a toutefois permis de recueillir des observations très intéressantes sur cette question. En effet, 38 % des syndicats nous ont répondu qu'ils n'avaient pas été témoins de faillites à répétition sur une grande échelle, mais la moitié d'entre eux ont tout de même reconnu que la chose se produisait à l'occasion. Ces mêmes syndicats nous ont précisé que ce phénomène était beaucoup plus fréquent chez les consommateurs que chez les entreprises. Ainsi 63 % des syndicats ont répondu par l'affirmative, la moitié d'entre eux signalant toutefois que la chose ne se produisait pas souvent. Plusieurs syndicats nous ont mentionné que le phénomène était beaucoup plus rare maintenant que pendant les années 1980 où la possibilité de présenter une proposition n'existait pas. Le phénomène est presque impossible à déceler, en partie parce que les syndicats ne sont pas les mêmes, pas plus que les noms des entreprises. Un certain nombre de syndicats nous ont signalé que nombre d'entreprises qui mettent fin à leurs activités ne font pas nécessairement faillite, mais sont plutôt liquidées. Deux syndicats ont cru bon de préciser que ce genre de faillite à « renaissance » survenait davantage lorsque l'économie se comportait bien, nombre de restaurants et autres petits commerces ayant comme stratégie d'affaires de se débarrasser de leurs dettes et de recommencer.

On a également demandé aux syndicats de se prononcer sur les propositions de liquidation. Une étude réalisée au Québec sur treize cas de proposition

commerciale a démontré que la majorité d'entre elles étaient des propositions de liquidation¹⁸⁴. Un débat est actuellement en cours sur l'efficacité, en termes d'intérêt public, des procédures de restructuration comme moyen de procéder à la liquidation des biens d'une entreprise, la plus grande partie du débat portant sur les procédures de la *LACC*¹⁸⁵. Dans ce contexte, 69 % des syndicats sondés rapportent que la proposition est employée pour procéder à certaines liquidations, alors que 31 % déclarent ne pas en avoir été témoins, ni l'avoir utilisée à cette fin. Sur le nombre de ceux qui ont répondu par l'affirmative, certains prétendaient qu'il s'agissait d'un phénomène rare, alors que les autres parlaient plutôt d'un phénomène en croissance, en partie parce que les créanciers cherchent à éviter d'avoir à payer un séquestre. Et 15 % des syndicats ont noté qu'on utilisait la proposition de liquidation parce que les perspectives de recouvrement étaient meilleures et que les coûts d'une proposition étaient plus bas, ce qui avantageait toutes les parties. Il arrive parfois qu'un débiteur puisse vendre des biens au fil du temps parce que la *LFI* le permet; il arrive aussi que la vente de certaines activités de l'entreprise serve à financer une proposition. Un des syndicats a offert le commentaire que la liquidation des biens constituait déjà une forme de proposition.

4. Choix d'une proposition sous la *LFI* plutôt que la *LACC*

De façon générale, le langage très explicite de la *LFI* offre aux débiteurs qui présentent une proposition un certain degré de certitude quant aux délais, de même qu'un moyen relativement peu coûteux de restructurer leurs activités. La *LACC* leur offre davantage de flexibilité dans les délais et les conditions, mais le recours à celle-ci peut se révéler très coûteux en raison des nombreuses comparutions devant le tribunal saisi.

Les syndicats ont été sondés sur le recours à la *LFI* de préférence à la *LACC*. Pour 53 % d'entre eux, le facteur déterminant dans le choix de la *LFI* de préférence à la *LACC* est le montant de la dette, la grande majorité des dossiers n'atteignant pas le seuil des cinq millions d'endettement requis pour se prévaloir de la *LACC*.

Les frais de transaction reliés aux procédures de redressement pèsent également d'un poids déterminant dans le choix du recours à privilégier. En effet, 34 % des syndicats viennent confirmer ce fait, les honoraires sous le régime de la *LACC* étant très élevés. Seules les grandes entreprises peuvent se permettre d'emprunter cette voie. Ces coûts viennent s'ajouter à ceux de la restructuration et du réajustement des activités, de la mise en oeuvre d'un nouveau plan d'affaires, de la réduction de la main-d'oeuvre, et à tous les autres coûts reliés à la mise en place de nouvelles facilités de crédit et de nouvelles activités.

Un certain nombre de syndicats prétendent que la *LACC* est plus flexible si le débiteur est en mesure de s'en prévaloir. Tout dépend des circonstances particulières de chaque cas, et en particulier, du nombre de créanciers. Parmi les autres facteurs susceptibles d'avoir une influence, notons le temps, car la *LFI* ne donne que six mois au débiteur pour élaborer un plan et gagner le soutien des créanciers pour sa proposition. Cependant, un des syndicats note qu'on utilise

¹⁸⁴ Gosselin et Papillon, *supra*, note 11.

¹⁸⁵ Pour une analyse des plans de liquidation sous la *LACC*, voir Shelley C. Fitzpatrick, « Liquidating CCAAs - Are We Praying to False Gods ? » et Bill Kaplan, « Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry ? » dans Janis Sarra, éd., *Annual Review of Insolvency Law*, 2008 (publication à venir, Toronto, Carswell Thomson Reuters, 2009). Voir aussi *Cliffs Over Maple Bay Ltd.* (2008) BCCA 327.

souvent une « proposition provisoire » pour respecter les délais, proposition qui est ensuite modifiée à l'occasion d'un vote lorsque le contenu de la proposition est connu, et c'est la proposition modifiée qui est soumise à l'approbation du tribunal. L'attitude d'esprit est également un facteur dans le choix de la procédure, certains redoutant les stigmates de la faillite. Enfin, selon une autre observation, la *LACC* accorde au débiteur une plus grande marge de manoeuvre face à ses créanciers garantis, tandis que les créanciers sont davantage en mesure d'influencer l'issue d'une proposition sous la *LFI*.

En outre, 78 % des syndicats déclarent n'avoir aucune expérience des procédures en contexte international, et le sondage ne nous a donc pas permis de recueillir des commentaires utiles à savoir si les dispositions actuelles sont adéquates ou si celles qui sont projetées le seront davantage. Quant aux 22 % qui ont de l'expérience en la matière, ils déclarent que tant les dispositions de la *LFI* que de la *LACC* sont adéquates, et qu'elles n'ont donc aucune incidence sur le choix de la façon de procéder. Un commentaire qui nous a été fait souligne que, dans la mesure où les pouvoirs du syndic peuvent être exercés dans tout territoire où il y a une entente de réciprocité ou de reconnaissance des procédures, les dispositions sur le contexte international peuvent permettre de mettre la main sur des biens situés ailleurs, mais elles ne sont d'aucun secours pour les dettes, car la loi limite ces dernières aux dettes canadiennes.

5. Financement de débiteur-exploitant dans le contexte d'une proposition

Les syndicats ont également été sondés pour savoir ce qu'ils pensaient du recours au financement de débiteur-exploitant dans le contexte d'une proposition sous la *LFI*. La moitié des syndicats sondés reconnaissent n'avoir jamais recouru au financement de débiteur-exploitant. Un des répondants suggère même que cette proportion pourrait être plus élevée, et 53 % des syndicats ont répondu que le financement de débiteur-exploitant simplifie la tâche des PME qui souhaitent procéder par voie de proposition, car il facilite la restructuration des entreprises.

Le financement de débiteur-exploitant permet de mettre un débiteur sur la voie d'une proposition ou de contrats de crédit-bail qui lui permettront d'éviter la faillite. On l'utilise souvent pour permettre à une entreprise de terminer des travaux en cours, le tout à l'avantage des créanciers. Ce genre de financement augmente les chances de succès d'une proposition, car on le met en place pour faciliter la mise en oeuvre d'un nouveau plan d'affaires. La charge prioritaire est l'élément clé, car le financement de débiteur-exploitant permet l'injection de capital frais dans l'entreprise sans crainte pour le prêteur de devoir prendre rang derrière des créanciers garantis, ce qui procure aux entreprises, et notamment aux PME, davantage de latitude pour remédier à leur insolvabilité. Cependant, nous ne disposons d'aucune donnée sur le nombre de propositions dans lesquelles on a utilisé du financement de débiteur-exploitant, et il est donc impossible de tirer des conclusions définitives sur les avantages de cette solution. Mentionnons enfin à titre d'anecdote que les syndicats, les conseillers en endettement et les registraires déclarent tous que ce genre de financement n'existe pratiquement pas pour les PME.

6. Engagements non capitalisés des caisses de retraite et filet de sécurité offert par les fonds de garantie

Certaines entreprises insolubles mentionnent le déficit d'une caisse de retraite parmi les facteurs qui ont contribué à l'insolvabilité de l'entreprise, quoiqu'elles ne

soient pas nombreuses. Cependant, vu le nombre élevé d'entreprises en déclin dans le secteur manufacturier et ailleurs où l'emprise syndicale a été forte, et où, conséquemment, les régimes de retraite sont généreux, le problème du déficit des caisses de retraite est susceptible de s'amplifier. La Partie III de la présente étude évoquait plus haut les modifications récentes apportées à la LFI qui accordent un rang prioritaire aux réclamations aux titres d'un régime de retraite en cas d'insolvabilité, qu'il s'agisse d'une faillite ou d'une proposition. La seule province à disposer d'un fonds de garantie des prestations de retraite est l'Ontario, même si l'on retrouve de tels fonds dans plusieurs pays comme le R.-U., les É.-U., ou d'autres pays du continent européen. Ces fonds sont des mécanismes qui permettent de venir en aide aux employés et retraités des entreprises insolubles.

En Ontario, le Fonds de garantie des prestations de retraite (FGPR) intervient dans les cas où un débiteur insolvable est le promoteur d'un plan de retraite. Il agit essentiellement comme un filet de sécurité pour les employés et les retraités du promoteur d'un plan de retraite pour qui le risque d'insolvabilité s'est matérialisé. La plus grande part de l'aide fournie est destinée aux employés et retraités d'une entreprise en faillite, et non à ceux d'une entreprise qui a survécu à des procédures de restructuration sous le régime de la *LFI* ou de la *LACC*. Le FGPR a réglé les réclamations de 107 promoteurs pour un total de 144 régimes de retraite, depuis ses débuts en 1983 jusqu'au mois de septembre 2007¹⁸⁶. Soixante-quinze de ces procédures se sont déroulées sous le régime de la *LFI*.

Le montant total des réclamations payées par le FGPR s'élève à 833 millions \$¹⁸⁷. Le Fonds offre donc aux retraités et aux futurs retraités dont le régime est enregistré en Ontario une certaine compensation pour les pertes dues à l'insolvabilité de leur employeur, pertes qui ne peuvent être récupérées dans d'autres provinces ou territoires. Sur le montant total payé, 75 % l'ont été dans le cadre de procédures sous la *LFI*¹⁸⁸, et 48,5 millions \$ ont pu être récupérés par le FGPR à même l'actif de faillite des promoteurs au cours de la même période¹⁸⁹. La capacité du Fonds à récupérer à titre de créancier unique certains montants auprès de l'actif règle la difficulté pour les retraités de devoir agir collectivement dans le cadre d'une procédure de faillite. Le tableau 17 est très illustratif à cet égard.

¹⁸⁶ Pour une analyse complète, voir Janis Sarra et Ronald Davis, « Analyse des facteurs causant l'insolvabilité et la restructuration et de leurs effets sur la liquidation et la clôture des régimes de retraite », rapport présenté à la Commission des experts en régime de retraite de l'Ontario, 2007.

<http://www.pensionreview.on.ca/french/summaries/13SarraDavis.html> ; CSFO, Réclamations totales payées au 30 septembre 2007.

¹⁸⁷ CSFO, *ibid.* Le problème du financement du FGPR dépasse le cadre de la présente étude, et il est abordé dans d'autres études effectuées sous l'égide de la Commission des experts.

¹⁸⁸ Bien que sept promoteurs aient choisi d'entreprendre des procédures sous la *LACC*, cinq de ces procédures ont été transformées en procédures de faillite, et seuls les deux promoteurs à avoir complété leur plan d'arrangement sous la *LACC* ont reçu des réclamations du FGPR.

¹⁸⁹ CSFO, 8 novembre 2007.

Tableau 17
Réclamations de prestations de retraite payées par le Fonds de garantie des prestations
de retraite, 1983 à septembre 2007 par type de procédure employée¹⁹⁰

Type de procédure en insolvabilité	Nombre de promoteurs dont les réclamations ont été payées par le FGPR	Pourcentage des procédures entreprises sous la LFI à produire une réclamation au FGPR	Nombre des régimes de retraite soutenus par un promoteur	Total des réclamations acquittées	Réclamation moyenne	Réclamation médiane
Cession volontaire en faillite <i>LFI</i>	24	32 %	31	53 315 315 \$	2 806 069 \$	1 024 100 \$
Faillite après une proposition sous le régime de la <i>LFI</i>	11	15 %	16	25 746 117 \$	2 340 556 \$	682 300 \$
Requête en faillite sous la <i>LFI</i>	10	13 %	13	4 708 043 \$	411 211 \$	470 804 \$
Séquestre nommé à titre privé	4	5 %	7	26 066 013 \$	6 516 503 \$	90 630 \$
Mise sous séquestre privée suivie d'une cession volontaire en faillite sous la <i>LFI</i>	8	11 %	12	19 390 357 \$	2 423 795 \$	1 270 776 \$
Mise sous séquestre privée suivie d'une ordonnance de faillite en vertu de la <i>LFI</i>	8	11 %	10	20 414 372 \$	2 551 797 \$	870 207 \$
Mise sous séquestre par le tribunal <i>LFI</i> suivie d'une faillite	3	4 %	5	4 894 411 \$	1 631 470 \$	1 943 900 \$
Proposition sous la <i>LFI</i>	2	3 %	3	13 568 836 \$	6 784 418 \$	Sans objet
Ordonnance de faillite en vertu de la <i>LFI</i> à la suite de l'échec d'une procédure sous la <i>LACC</i>	5	7 %	13	190 704 266 \$	31 784 044 \$	4 207 599 \$
Total sous la <i>LFI</i>	75	100 % des cas sous la <i>LFI</i>	110	358 807 730 \$	4 784 103 \$	804 609 \$

Sur le nombre de dossiers de la LFI à recevoir un paiement du FGPR, 32 % des entreprises insolvable ont fait une cession volontaire en faillite, alors que 13 % résultaient de la présentation d'une requête en faillite par les créanciers qui avait précipité la fin du régime de retraite. Dans 7% des cas, les procédures avaient commencé sous la LACC avant de se poursuivre sous la LFI pour faillite, souvent à la demande des créanciers, et 15 % des entreprises ont tenté de se restructurer sous la LFI en se prévalant des dispositions sur les propositions avant de faire faillite et de présenter une réclamation au FGPR.

On ne compte que deux propositions sous le régime de la LFI à ne pas se terminer par une faillite qui ont donné lieu à des paiements du FGPR, ce qui n'est guère surprenant car l'approbation d'une proposition peut signifier le maintien des régimes de retraite ou leur modification dans le cadre d'un plan de restructuration et de relance. Il n'existe pas de données disponibles sur le nombre de propositions réussies où les engagements non capitalisés des régimes de retraite ont pu être réglés sans recourir au FGPR. Pour placer le cas des 13 entreprises qui ont présenté une proposition et produit une réclamation au FGPR en contexte, on relève plus de 10 000 propositions commerciales sous la LFI au cours de la même

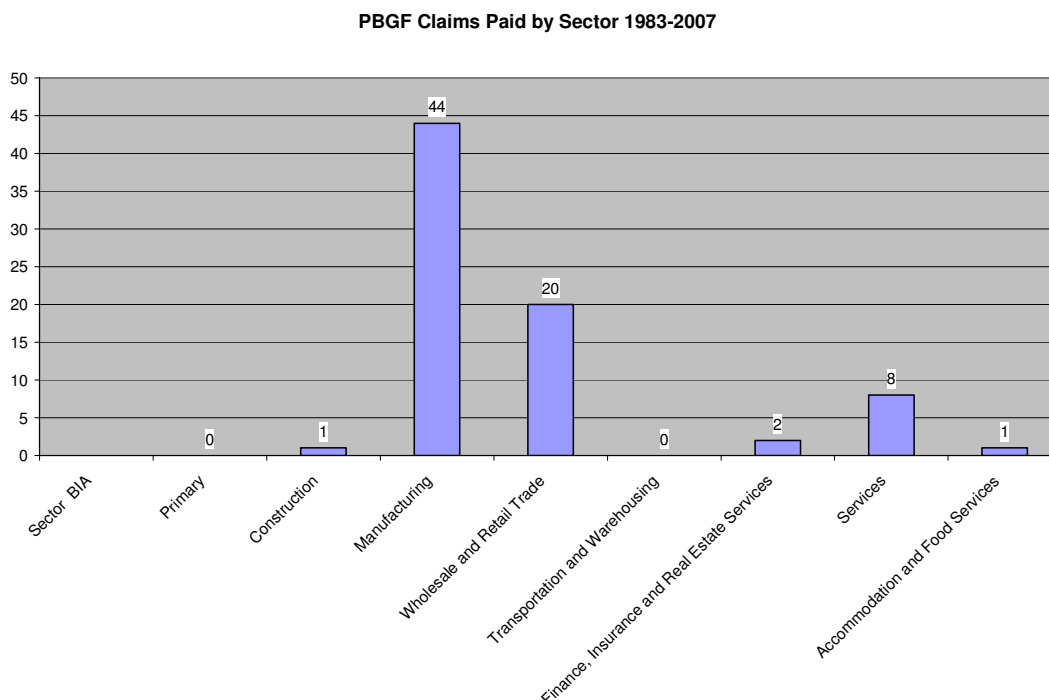
¹⁹⁰ Tableau créé dans Sarra et Davis, *supra*, note 186 en utilisant les sources suivantes : Bureau du surintendant des faillites; J. Sarra, banque de données de la faculté de droit de l'UBC sur la LACC; et banque de données de la CSFO, 30 septembre 2007, 1^{er} octobre 2007, et 8 novembre 2007.

période¹⁹¹. Pour ce qui est du nombre d'employés par secteur à avoir reçu le plus d'assistance, veuillez consulter le graphique 24 ci-dessous. Le secteur manufacturier compte à lui seul pour plus de 44 % des paiements effectués au titre de l'insolvabilité d'une entreprise

Graphique 24

Nombre de réclamations au FGPR payées par secteur de 1983 à 2007 dans les propositions sous la LFI déposées par le promoteur d'un régime de retraite

Nombre de réclamations au FGPR payées par secteur de 1983 à 2007



Il est utile de connaître la proportion des cas qui se sont soldés par la faillite pour comprendre le rôle du FGPR dans le domaine de la faillite, notamment au plan de la réduction du risque des retraités. Comme l'Ontario est la seule instance au Canada à s'être dotée d'un Fonds de garantie des prestations de retraite, on peut facilement conclure que si ce genre de fonds existait à l'échelle nationale, le nombre de procédures sous le régime de la LFI mettant en jeu une réclamation pour des dettes de prestations de retraite serait beaucoup plus élevé chaque

¹⁹¹ Bureau du surintendant des faillites (BSF), *L'insolvabilité commerciale au Canada : une analyse nationale et régionale de la période 1987-2005*, BSF, décembre 2006, [http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/InsolvabiliteCommercialeCanada1987-2005.pdf/\\$FILE/InsolvabiliteCommercialeCanada1987-2005.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/InsolvabiliteCommercialeCanada1987-2005.pdf/$FILE/InsolvabiliteCommercialeCanada1987-2005.pdf) ; *L'insolvabilité au Canada en 2006*, <http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/bsf-osb.nsf/en/br01702e.html>; *L'insolvabilité au Canada en 2005*, http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/collection_2009/ic/Iu73-4-2005F.pdf ; *L'insolvabilité au Canada en 2004*, http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/collection_2009/ic/Iu73-4-2004F.pdf

année¹⁹². À l'heure actuelle, les retraités n'ont aucune protection à l'échelle nationale contre le risque de l'insolvabilité semblable à celui que l'Ontario couvre avec son fonds de garantie. Cependant, la nouvelle priorité accordée aux cotisations aux régimes de retraite devrait en partie remédier à cette absence.

7. Délimitation actuelle entre l'insolvabilité personnelle et l'insolvabilité commerciale sous la LFI

On a également demandé aux syndicats de se prononcer sur la façon actuelle du BSF de départager les débiteurs à la fois en termes d'accès au processus et de collecte des données à des fins statistiques.

La plupart des syndicats interviewés ont répondu que la façon actuelle de la *LFI* de les délimiter était adéquate, même si un certain nombre d'entre eux ont souligné que les syndicats ne les départagent pas toujours correctement dans les formulaires qu'ils remplissent parce qu'ils ne sont pas sensibles à l'importance de l'exactitude des données dans une perspective d'intérêt public. En fait, 20 % des syndicats n'ont pas répondu à cette question.

Les syndicats ont fait les observations suivantes. Tout d'abord, s'agissant des cas de faillite personnelle, le processus est relativement simple. Cependant, en insolvabilité commerciale, la charge de travail est plus lourde, surtout dans les cas d'administration ordinaire. Selon certains syndicats, il y a un problème dans les rapports avec l'Agence du revenu du Canada, car la responsabilité des administrateurs à l'égard de la TPS devrait être ajoutée à la dette commerciale parce qu'elle découle des activités de l'entreprise, ce que ne reflètent pas les données publiées.

D'autres syndicats notent que les modifications projetées visant à hausser le seuil de l'accès à la Section II à 250 000 \$ seront très utiles pour les entrepreneurs individuels et les autres petites entreprises, car la plupart d'entre eux contractent des emprunts pour des montants supérieurs au seuil actuel de 75 000 \$.

Plus du tiers des syndicats déclarent ne pas être en accord avec la délimitation actuelle entre la faillite personnelle et la faillite commerciale, car il s'agit d'un chiffre arbitraire qui ne reflète pas la réalité des affaires. La réponse à la question de savoir si le débiteur est un consommateur ou une entreprise est donc purement arbitraire, et n'a rien à voir avec la façon dont Statistique Canada rapporte les données des PME.

En effet, 10 % des syndicats notent que les dettes personnelles et les dettes d'affaires sont trop souvent entremêlées, un syndic allant même jusqu'à évoquer une théorie de la « poche unique » qui rendrait difficile toute catégorisation et la détermination du genre de mise sous séquestre ou de procédure nécessaire. En théorie, la délimitation en fonction de la règle des 50 % peut avoir un certain sens, mais en pratique, il est beaucoup plus difficile de l'appliquer. Plusieurs syndicats ont soulevé la question de la pertinence de cette délimitation dans une perspective d'intérêt public.

8. Ressources à la disposition des petites entreprises

¹⁹² Statistiques annuelles du BSF, *supra*, note 5.

Un certain nombre de syndicats ont souligné que les informations et les ressources à la disposition des petites entreprises étaient très limitées et qu'il faudrait améliorer la situation. Notre étude s'est donc penchée sur les types d'informations et de services actuellement disponibles. La description des programmes se trouve plus bas. Cependant, un syndic a cru bon de nous préciser qu'on ne peut se fier aux programmes existants car ils ne sont souvent pas destinés aux toutes petites entreprises qui disposent de très peu de capital. Qui plus est, nous n'avons pu relever de données empiriques sur l'efficacité de ces programmes, en particulier pour les PME.

Le Small Business Finance Centre rapporte qu'on dénombre actuellement environ 39 programmes fédéraux et 57 programmes provinciaux destinés aux petites entreprises qui offrent un financement oscillant entre 1 500 et 500 000 dollars¹⁹³. On trouve également toutes sortes de renseignements sur les sites web du gouvernement fédéral à l'intention des personnes qui souhaitent lancer une petite entreprise. Le site « Entreprises Canada – Services aux entrepreneurs » comprend des instruments de recherche qui permettent de consulter les différents programmes fédéraux et provinciaux d'aide aux entreprises¹⁹⁴.

Industrie Canada fournit énormément d'information en ligne sur le démarrage, le financement, et la gestion d'une petite entreprise¹⁹⁵. Industrie Canada fournit aux petits entrepreneurs toute une série d'hyperliens qui contiennent des informations sur les entreprises, les statistiques, le financement, l'innovation, la recherche, les sciences et la technologie, la propriété intellectuelle, la radio, le spectre et les télécommunications, le développement régional et rural, les règlements et normes applicables, la durabilité et l'environnement, de même que le commerce et l'investissement¹⁹⁶. Industrie Canada fournit également de l'information sur la constitution d'une entreprise en société de régime fédéral¹⁹⁷, la planification et la gestion, la productivité et les outils de mesure¹⁹⁸. On trouve des services spécialisés dans le démarrage d'entreprise, le financement, la fiscalité et la TPS, la gestion, l'import-export, le commerce électronique, la réglementation des licences et les permis¹⁹⁹. Le gouvernement fédéral offre des renseignements sur les nombreux aspects du démarrage d'une entreprise, par sujet, province et territoire, sur les questions à considérer avant de lancer une entreprise, sur les facteurs-clés à prendre en considération dans le cas de certains types particuliers d'entreprises, sur le type de structure à privilégier, et sur la façon de procéder à l'enregistrement du nom d'une entreprise²⁰⁰.

¹⁹³ Small Business Finance Centre,
<http://www.ic.gc.ca/app/ccc/srch/nvgt.do?lang=eng&prtl=1&sbPrtl=&estblmntNo=234567091174&profile=cmpltPrfl&profileId=501&app=sold>

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ <http://www.ic.gc.ca>

¹⁹⁶ Industrie Canada, « Outils et ressources à l'intention des entreprises », http://www.ic.gc.ca/eic/site/ic1.nsf/fra/h_00140.html

¹⁹⁷ http://www.ic.gc.ca/eic/site/ic1.nsf/fra/h_00145.html

¹⁹⁸ Industrie Canada, « Outils et ressources à l'intention des entreprises », http://www.ic.gc.ca/eic/site/ic1.nsf/fra/h_00068.html

¹⁹⁹ Gouvernement du Canada, « Entreprises Canada - Services aux entrepreneurs » <http://www.entreprisescanada.ca/fra/>

²⁰⁰ Gouvernement du Canada, « Lancer une entreprise », <http://www.servicecanada.gc.ca/fra/vie/entreprise.shtml>

Le gouvernement fédéral offre également des outils pour la préparation d'un plan d'affaires²⁰¹. On retrouve divers gabarits et modèles de plan d'affaires²⁰², de même que des modèles particuliers à l'intention des détaillants²⁰³, des petites entreprises de construction²⁰⁴, de services²⁰⁵, et de fabrication²⁰⁶. Le Plan d'affaires interactif (PAI) est un logiciel conçu pour aider les entrepreneurs à élaborer un plan d'affaires triennal pour une nouvelle entreprise ou pour une entreprise existante en mode interactif²⁰⁷.

Il existe d'autres ressources dont la vocation est d'aider les petites entreprises à trouver du financement et à gérer leurs finances, notamment le Programme de financement des petites entreprises du Canada et la Banque de développement du Canada²⁰⁸. Le Programme FPEC cherche à rendre plus accessible l'octroi de prêts servant à « l'établissement, à l'expansion, à la modernisation et à l'amélioration des petites entreprises »²⁰⁹. « L'amélioration » peut s'appliquer à une entreprise qui commence à éprouver des difficultés. Ce programme vise à encourager les institutions financières à consentir du financement aux petites entreprises en remboursant jusqu'à 85 % du montant de la perte du prêteur en cas de défaut. Pour être admissible, l'entreprise doit faire affaire au Canada et être à but lucratif, et le revenu estimé de ses nouvelles activités ou de ses activités courantes ne doit pas dépasser 5 millions \$²¹⁰. C'est Industrie Canada qui administre le Programme de financement des petites entreprises du Canada, mais ce sont les institutions financières qui prennent toutes les décisions de crédit, et notamment l'évaluation des plans d'affaires. Elles doivent en plus enregistrer leurs prêts auprès d'Industrie Canada.

La Banque de développement du Canada (BDC) consent des prêts aux entreprises en démarrage ou à celles qui sont déjà établies depuis un certain temps²¹¹. Plusieurs syndicats nous ont toutefois signalé que la BDC refuse généralement de prêter à une entreprise qui est incapable de trouver du financement auprès d'une banque à charte, et elle ne constitue donc pas un recours pour une PME qui dispose de peu de capital ou qui est incapable de trouver du financement ailleurs.

De plus, on peut trouver sur le site d'Industrie Canada des sources de financement pour les entreprises oeuvrant dans des domaines particuliers ou dans certaines régions du Canada²¹². Par exemple, les entreprises du secteur de la fabrication des textiles peuvent être admissibles à du financement dans le cadre du

²⁰¹ Entreprises Canada, « Rédaction de votre plan d'affaires »,

<http://www.entreprisescanada.ca/fra/guide/1408/>

²⁰² <http://www.entreprisescanada.ca/fra/guide/2089/>

²⁰³ http://www.canadabusiness.ca/servlet/ContentServer?cid=1081945275913&lang=fr&pageName=CBSC_FE%2Fdisplay&c=GuideFactSheet

²⁰⁴ http://www.canadabusiness.ca/servlet/ContentServer?cid=1081945276141&lang=fr&pageName=CBSC_FE%2Fdisplay&c=GuideFactSheet

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ <http://www.sec-bsc.ca/pai/fra/>

²⁰⁸ http://www.bdc.ca/fr/business_solutions/default.htm

²⁰⁹ <http://www.ic.gc.ca/eic/site/csbfp-pfpec.nsf/fra/accueil>

²¹⁰ Les demandes de prêt en vertu du programme peuvent être soumises à toute banque, coopérative de crédit, et/ou toute autre institution financière.

²¹¹ http://www.bdc.ca/en/business_solutions/financial_services/default.htm. Par contre, la BDC n'offre pas de subventions ou de prêts sans intérêt.

²¹² http://www.ic.gc.ca/eic/site/ic1.nsf/fra/h_00073.html

Programme des textiles canadiens (CANTex)²¹³. Il existe aussi un répertoire de programmes de financement et d'encouragement qui aident à développer, démontrer et déployer des technologies environnementales²¹⁴. Enfin, on compte plusieurs sources de financement public pour les manufacturiers²¹⁵.

FedNor est un organisme de développement régional fédéral de l'Ontario qui vise à créer un milieu dans lequel les entreprises peuvent croître dans certaines collectivités de la province²¹⁶. FedNor cherche à améliorer l'accès au capital pour les petites et moyennes entreprises du Nord de l'Ontario en travaillant de concert avec un large éventail de partenaires qui offrent une aide financière aux entreprises de cette région qui peuvent ne pas avoir accès à des sources conventionnelles de financement²¹⁷. De plus, les Sociétés d'aide au développement des collectivités (SADC) du Nord de l'Ontario peuvent faciliter l'accès au financement en offrant des garanties de prêt, ou en prenant des participations dans le but de créer ou de maintenir des emplois.

Dans les provinces de l'Atlantique, le Programme de capital d'appoint aide les résidents locaux à démarrer ou faire croître une petite entreprise, ou y apporter des améliorations²¹⁸. Les entrepreneurs et les organismes autochtones peuvent être admissibles à du financement par l'entremise de Entreprise autochtone Canada²¹⁹.

Bien qu'on trouve très peu d'informations sur l'aide destinée plus particulièrement aux entreprises en difficultés financières, la Banque de développement du Canada accepte de refinancer des prêts existants²²⁰. Elle offre aussi du financement subordonné qui peut être déterminant pour les entreprises qui ont déjà consenti des sûretés à d'autres créanciers, mais qui, en raison de leurs difficultés financières, ont un besoin immédiat de financement²²¹. Industrie Canada ou le

²¹³ <http://www.ic.gc.ca/eic/site/ctp-ptc.nsf/fra/accueil> ; en vertu duquel le gouvernement peut contribuer un montant non remboursable pouvant atteindre 50 % des coûts de projet admissibles jusqu'à concurrence de 500 000 \$.

²¹⁴ <http://www.ic.gc.ca/eic/site/fte-fte.nsf/fra/accueil>

²¹⁵ <http://www.ic.gc.ca/eic/site/m20-f20.nsf/fra/00018.html>

²¹⁶ Industrie Canada, FedNor, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/fednor-fednor.nsf/fra/accueil>

²¹⁷ *Ibid.* FedNor rapporte qu'elle stimule les investissements dans les entreprises à plus haut risque en mettant du capital à la disposition de fonds d'investissement locaux.

²¹⁸ Maximum de 20 000 \$ par demande sous forme de prêt remboursable non garanti assorti d'un taux d'intérêt et de modalités de remboursement flexibles, de même qu'un maximum de 2 000 \$ pour toute demande de formation spécialisée ou de consultation en gestion. Un autre exemple est celui des acheteurs, exploitants ou locataires qui peuvent être admissibles au soutien financier offert pour la construction de navires et de structures marines « offshore » au Canada dans le cadre du Mécanisme de financement structuré (MFS) parrainé par Industrie Canada. Le paiement du navire et des structures marines nouvellement construites doit être financé par le prêteur ou le locateur qui reçoit la contribution du MFS aux fins de réduire le taux d'intérêt appliqué au demandeur ou les coûts de location. <http://www.ic.gc.ca/eic/site/sim-cnmi.nsf/fra/uv00003.html>

²¹⁹ http://www.sec-bsc.ca/servlet/ContentServer?cid=1081944194372&pagename=CBSC_ON%2Fdisplay&lang=fr&c=Finance, financé par Affaires indiennes et du Nord Canada.

²²⁰ Les demandes de financement peuvent être adressées en ligne à la BDC : https://www.bdc.ca/fr/no_navigation/Financing_Request.htm?cookie%5Ftest=1.

²²¹ Ce formulaire électronique contient un menu déroulant qui permet au demandeur de financement de préciser le(s) motif(s) pour le(s)quel(s) il présente une demande;

Bureau du surintendant des faillites devraient peut-être développer davantage d'information sur les possibilités d'accès à du financement pour les entreprises en difficultés financières, de façon à ce qu'une aide puisse leur être offerte avant qu'elles ne deviennent insolvables.

IX. RECHERCHE ÉVENTUELLE – POINTS DE VUE DES SYNDICS

Dans le cadre de ce sondage, on a aussi demandé aux 50 syndicats si, à leur avis, d'autres aspects méritaient d'être priorisés dans toute recherche éventuelle portant sur les compagnies insolvable au Canada. Leurs suggestions, nombreuses et variées, touchent plusieurs domaines.

La première suggestion concerne la relation entre l'État et les débiteurs. Environ la moitié des syndicats sondés aimerait que l'on mène une recherche plus poussée au sujet de Revenu Canada et de son influence sur la restructuration des compagnies et des entreprises individuelles, notamment ses effets dissuasifs sur la viabilité d'un redressement. Bien qu'intéressante, cette recherche exigerait la collaboration de l'ARC qui ne verrait guère d'intérêt à s'y prêter. Dans ce contexte, on a suggéré une recherche sur l'attitude du gouvernement en tant que créancier à tous les paliers; en effet, le gouvernement fait preuve de beaucoup d'agressivité quand il tente de récupérer ce qui lui est dû, et exerce ainsi un impact négatif sur la viabilité des PME.

La deuxième suggestion la plus fréquente insistait sur l'importance de mener une recherche plus approfondie sur la disponibilité du financement aux petites entreprises en difficulté. Les syndicats aimeraient obtenir plus d'information sur l'accès aux groupements de capitaux ou autres sources de financement, notamment s'il existe des divergences régionales ou sectorielles quant à la disponibilité des capitaux pour les redressements, ainsi que sur les options dont ils disposent pour se procurer du financement provisoire en marge des procédures de proposition.

Plusieurs syndicats voudraient qu'une recherche soit amorcée sur la relation entre une compagnie insolvable et son omission de remettre des paiements, car ils constatent souvent qu'une compagnie dans cette situation supplée à son encaisse à même ces retenues à la source non remises. Une étude pourrait être menée sur la relation entre l'endettement croissant du fonds de pension et l'insolvabilité éventuelle de la compagnie. Trois syndicats voudraient que l'efficacité du groupe de travail du BSF qui enquête sur la fraude fasse l'objet d'une analyse.

Plusieurs syndicats ont suggéré une recherche plus poussée sur la façon dont les administrateurs et les dirigeants pourraient être tenus davantage responsables de l'échec de la compagnie, incluant de nouvelles exigences relatives à la vérification des antécédents, à la négociation d'insolvabilité et à la portée de leurs décisions sur l'échec de la compagnie et sur les employés, surtout ceux ayant de longs états de service.

Certains syndicats ont suggéré une recherche éventuelle sur la manière dont les créanciers pourraient s'impliquer davantage dans la compagnie insolvable. En outre, ils ont recommandé une étude sur l'utilisation efficace du prélèvement du

BSF. On a aussi demandé que la recherche soit davantage répartie par secteur et par région, afin que les débiteurs et les syndic puissent se faire une idée plus précise des éléments susceptibles de contribuer à la réussite d'une proposition. Ils ont aussi recommandé une étude plus précise sur la fiabilité des données d'insolvabilité et le compte rendu des causes d'insolvabilité.

Un autre domaine nécessitant de la recherche se rapporte aux cotes de solvabilité et à leur influence sur le choix de procédure. Le rétablissement de la cote de solvabilité varie entre une cession en faillite et une proposition et peut susciter des incitatifs différents quant au choix de la procédure.

Plusieurs syndic ont recommandé une recherche sur la liquidation des compagnies hors des procédures officielles d'insolvabilité. Le nombre de cessions commerciales ne correspond pas au nombre réel de compagnies en faillite et risque d'en sous-estimer gravement l'ampleur.

Certains syndic ont aussi suggéré une recherche sur les effets des programmes de consultation en matière de crédit. La recherche sur les signes précurseurs de difficulté au sein des compagnies ou des entreprises individuelles serait également fort utile. Un syndic voudrait aussi que l'on examine de plus près la fraude, le manque de diligence raisonnable de la part des prêteurs, ainsi que les prêts aux petites entreprises garantis par le gouvernement et les taux d'impayés. Un autre syndic aimerait connaître l'incidence du magasinage outre-frontière et du commerce électronique sur les petites entreprises.

Tous ces aspects n'ont pas été sondés suffisamment au Canada et une recherche plus étendue contribuerait au développement des futures politiques publiques.

X. OBSERVATIONS INITIALES ET CONCLUSIONS

Les données analysées dans la présente étude offrent de nouvelles perspectives sur les défaillances des compagnies au Canada. Bien qu'il existe une légère variation entre les chiffres issus des 6 743 dossiers et ceux des 50 syndic qui nous ont exprimé leurs judicieuses réflexions, l'information recueillie demeure très cohérente dans l'ensemble. Nous abordons dans cette partie certaines observations initiales ainsi que des suggestions, en rappelant toutefois au lecteur qu'elles ont pour but de faciliter la discussion et non de présenter un programme délibéré. Ces suggestions sont effectuées en fonction de la mise en garde énoncée à la Partie II concernant les restrictions, et parfois la subjectivité, des données obtenues. À la suite d'une brève revue des causes de défaillance des compagnies, plusieurs options politiques sont abordées au sujet de certaines de ces causes identifiées dans la présente étude. Ces options sont évaluées au plan de l'efficacité, de la valeur concrète et de la conformité aux normes légales et sociales en matière de politique d'insolvabilité. Enfin, nous examinons brièvement les effets possibles, sur la restructuration d'une compagnie, des modifications en instance aux lois touchant l'insolvabilité.

Pour ce qui est de la défaillance des compagnies, les données suggèrent dans l'ensemble que pour les entreprises non constituées, les quatre causes significatives d'insolvabilité sont la mauvaise gestion, l'insuffisance des revenus, le dépassement de crédit et le repli de l'économie. Cependant les grandes compagnies qui invoquent la LFI sont plus aptes à avoir mis en place des structures de gouvernance efficaces de sorte que la mauvaise gestion est moins fréquemment la cause principale de leurs difficultés. La politique publique devrait plutôt tenter de favoriser l'innovation et l'entrepreneuriat et, en conséquence,

encourager plus directement la proposition et la restructuration lorsqu'une compagnie éprouve des difficultés financières. Et c'est un régime d'insolvabilité opportun, rentable et viable qui incitera un particulier à lancer une entreprise et à prendre des risques calculés en matière d'expansion pour ainsi susciter de l'activité économique.

Dans une entreprise individuelle, la mauvaise gestion, particulièrement des finances, constitue une cause primordiale de difficulté et près des trois quarts des syndicats sondés déclarent que ce facteur joue un rôle de premier plan dans une situation d'insolvabilité. D'autres causes significatives sont le dépassement de crédit, la sous-capitalisation, le repli économique et le non-paiement des taxes et impôts. En l'absence d'entrevues directes avec les débiteurs et les faillis, il est difficile de préciser à quel moment avant le début des procédures d'insolvabilité les propriétaires uniques ou les dirigeants d'une entreprise commencent à réaliser qu'ils sont irrémédiablement insolubles; c'est là un autre domaine de recherche éventuelle. Aux États-Unis, Ronald Mann a laissé entendre que les débiteurs individuels en difficulté financière retardent de déclarer faillite – sa théorie des " sueurs froides " en matière de prêt à la consommation – du fait que les prêteurs sur cartes de crédit les incitent à continuer d'effectuer des paiements sur leurs cartes à intérêt élevé pendant quelques mois encore avant de déposer leur bilan. Cette incitation favorise les profits des prêteurs, mais les débiteurs se retrouvent plus lourdement endettés lorsqu'ils déclarent enfin faillite et risquent de perdre une part plus importante encore de leurs biens pour faire droit aux réclamations des créanciers²²². Le même phénomène peut survenir ici, ce qui explique en partie la dette élevée des propriétaires uniques sur leurs cartes de crédit au moment où ils déposent leur bilan.

Il s'est avéré que le non-paiement des taxes et impôts était beaucoup plus fréquent que l'indiquaient les données générales. Donc bien que les syndicats aient souligné ce problème, il se peut que les débiteurs hésitent, au début des procédures, à mentionner cet aspect comme étant une cause d'insolvabilité.

Quant aux sociétés de personnes, leurs causes d'insolvabilité correspondent dans une certaine mesure à celles des entreprises individuelles, ce qui laisse entendre que les deux se heurtent à des défis similaires. La sous-capitalisation d'une société de personnes s'est aussi révélée une importante cause d'insolvabilité; mais les chiffres à ce sujet étaient de beaucoup inférieurs à ceux d'une entreprise individuelle; bref tout en demeurant un problème significatif, il semble que les associés soient plus aptes à évaluer les besoins de capitaux et à exiger un apport de capital de chacun à la signature du contrat de société. Lorsqu'une société de personnes échoue, il y a retrait de capitaux et l'associé qui se propose de poursuivre les activités pourrait se retrouver brusquement sous-capitalisé. Par ailleurs, le dépassement de crédit constitue une cause majeure d'échec d'une société de personnes, de sorte que le surendettement externe devient un problème marqué après le lancement de la société. Tout aussi significative pour une société de personnes est l'insolvabilité attribuable à l'échec d'une relation d'affaires; en fait, dans plus du tiers des cas cités par les syndicats, de tels échecs en sont la cause première.

Les données recueillies à la fin de 2008 et au début de 2009 révèlent que le repli économique à l'échelle mondiale devient rapidement une cause première d'insolvabilité commerciale, du fait que les compagnies, qui seraient d'autre part viables, parviennent difficilement à obtenir du financement provisoire. En outre, les

²²² Ronald Mann, «Consumer Bankruptcy and Credit in the Wake of the 2005 *Bankruptcy Reform Act* and the 'Sweat Box' of Credit Card Debt», (2007) U. Ill. L. Rev. p. 375 à 398.

difficultés financières des grands fabricants, l'industrie de l'automobile par exemple, se répercutent sur les fournisseurs de pièces et exacerbent leurs difficultés financières.

Plusieurs compagnies débitrices ont déclaré que leur insolvabilité était tributaire de diverses causes à la fois, notamment que leurs pertes provenaient tant d'un dépassement de crédit que d'un défaut de payer les taxes et impôts. Il importe de noter à ce propos que les rapports statistiques ne signalent pas nécessairement tous les facteurs inhérents aux difficultés financières. C'est ainsi que pour les sociétés par actions, ces diverses causes relèvent plutôt de leurs activités commerciales, tandis que pour les entreprises individuelles, elles dépendent plus fréquemment du dépassement de crédit, de la mauvaise gestion des finances, des frais médicaux et des revenus perdus en raison d'une maladie ou d'une rupture de relation. Il est impossible de mesurer la synergie de ces diverses causes d'insolvabilité ou d'en tirer des doctrines et principes d'action, mais il faut les garder à l'esprit lorsqu'on examine certaines causes premières d'insolvabilité.

1. Gouvernance d'entreprise

En premier lieu, l'étude démontre que les causes réelles d'une insolvabilité commerciale ne sont pas toujours révélées dans les dossiers courants. On y indique souvent " échec de l'entreprise " comme cause première, sans donner plus d'information sur les événements qui ont provoqué cet échec. La formulation libre présente parfois des indices à cet effet, mais le texte descriptif varie selon le syndic chargé du dossier et la façon avec laquelle il encourage le débiteur à lui fournir des explications plus précises. Cependant lorsque le dossier mentionne d'autres causes principales, il donne un éclairage plus complet des motifs sous-jacents à cet échec.

En tête de liste figure la mauvaise gestion, des finances en particulier, dans toutes les catégories de sociétés par actions, de sociétés de personnes et d'entreprises individuelles. Parmi les 702 dossiers de l'échantillon de 5 515 qui contenaient des renseignements plus précis, le tiers citait la mauvaise gestion comme principale cause de l'insolvabilité. Les syndics attribuent une proportion encore plus élevée à cette cause d'insolvabilité d'après leur expérience pratique. Parfois aussi, la mauvaise gestion associée à l'échec de l'entreprise dépend de la disponibilité du financement lors d'un fléchissement de ses activités.

Au cours des deux dernières décennies, les lois sur les sociétés par actions et sur les valeurs mobilières ont visé de façon particulière une gouvernance d'entreprise efficace, mais il semble bien que celle-ci n'ait pas pénétré dans plusieurs compagnies. Les données plus détaillées suggèrent que non seulement la mauvaise gestion des comptes, mais aussi le manque de plan d'affaires réaliste tenant compte des éventualités prévisibles et, dans nombre de cas, l'amalgame des dettes personnelles et commerciales, peuvent mettre en danger à la fois la famille et l'entreprise des gens d'affaires en cause.

Sauf si la compagnie cherche à obtenir des capitaux sur le marché public, il n'existe en droit des sociétés aucune exigence relative à l'efficacité de la gouvernance. Il y aurait peut-être lieu d'améliorer les lois traitant de l'activité commerciale en y ajoutant des normes de gouvernance, de même portée que leurs exigences actuelles en matière d'obligation fiduciaire. Au départ, la petite entreprise doit retenir les services d'un géologue, d'un ingénieur ou autre professionnel du domaine dans lequel elle s'est engagée, et il arrive souvent que ses dirigeants n'aient pas encore embauché un spécialiste des finances. Et par

surcroît, elle ne dispose pas toujours des gestionnaires requis. Les petites entreprises, surtout celles fondées sur des relations, éprouvent parfois de la difficulté à respecter les meilleures pratiques exigées d'un administrateur autonome; en outre, elles n'ont pas toujours investi dans les structures et les contrôles en matière de gouvernance qui, à leur avis, ne sont pas vraiment utiles et empêchent de consacrer de précieuses ressources au développement de l'entreprise.

Même lorsqu'une petite entreprise se tourne vers le marché public pour obtenir des capitaux, elle tend à se fier à des preneurs fermes ou à d'autres professionnels plutôt qu'à acquérir des compétences à l'interne. Les gestionnaires sont souvent au courant des exigences réglementaires, mais ils hésitent parfois devant leur complexité. De là la problématique d'une entreprise individuelle car toute personne peut obtenir un numéro d'entreprise et se lancer en affaires sans mettre en place une forme quelconque de gouvernance.

Il arrive que les sociétés de personnes et les petites entreprises qui sont hautement tributaires de la collaboration entre dirigeants n'aient pas prévu de stratégie de sortie lorsque cette collaboration se détériore. Une telle stratégie devrait comporter des options de financement réalistes afin que cette rupture des relations ne précipite pas l'entreprise en insolvabilité.

Ces observations ne visent pas à suggérer que les petites entreprises devraient s'enfermer dans une gouvernance trop lourde par rapport à leur taille et leur financement. Une réglementation surabondante peut devenir un carcan pour, notamment, leur participation au marché public²²³. Les coûts de conformité sont fixes, de sorte que les petites entreprises sont disproportionnellement affectées par une nouvelle exigence réglementaire. En effet, elles disposent de moins de ressources et ses coûts de conformité par dollar de revenus générés sont plus élevés que pour les moyennes et les grandes entreprises, du fait qu'elles doivent impartir la vérification comptable ou juridique. Les coûts de conformité aux exigences réglementaires peuvent souvent être disproportionnés par rapport aux besoins de tels contrôles vu la taille de l'entreprise. Par contre, il existe une obligation d'ordre public de protéger les créanciers qui traitent de bonne foi avec l'entreprise, d'où notre régime de sûreté mobilière et d'enregistrement immobilier. L'établissement de normes fondamentales en matière de gouvernance constituerait un pas dans la bonne direction. Toute entreprise, quelle que soit sa taille, ne peut que bénéficier d'un plan d'affaires adéquat et viable, d'aptitudes de base en gouvernance et en comptabilité, de détermination des risques et d'assistance aux premiers signes de difficulté financière.

i. Formation en gestion

Le BSF pourrait offrir des conseils aux petites entreprises sur la nécessité de ne pas attendre de devenir insolubles avant de procéder à la révision de leur plan

²²³ H. Y. Chiu, "Can UK Small Businesses Obtain Growth Capital in Public Equity Markets? An Overview of Shortcomings in UK and European Securities Regulation" (2003) 3 Delaware Journal of Corporate Law 933-977; Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Groupe de travail sur le financement des petites entreprises, Rapport final (1996), http://www.osc.gov.on.ca/About/Publications/op_small_business.pdf; Ginger Carroll, "Thinking Small: Adjusting Regulatory Burdens Incurred by Small Public Companies Seeking to Comply with the Sarbanes-Oxley Act", (2006) 58 Ala. L. Rev. 443; Rapport provisoire du Comité sur la réglementation des marchés de capitaux, 30 novembre 2006, en ligne : <http://www.capmktreg.org>.

d'affaires, ou des subventions aux PME pour défrayer le coût des expertises financières. La question qui se pose est évidemment celle de savoir comment contrôler un tel programme. Une façon de le faire serait d'exiger le dépôt du plan d'affaires à chaque année concurremment avec la déclaration d'impôt, ce qui devrait être assez facile, vu les moyens actuellement disponibles pour la rédaction en ligne des plans d'affaires.

Le syndic de faillite ou de proposition intervient dans les difficultés financières à un stade avancé du processus, et des entreprises dont on aurait pu redresser la situation sont liquidées. Qui plus est, les syndics ne sont pas nécessairement qualifiés pour conseiller les entreprises en matière de gouvernance, leur expertise se limitant aux aspects financiers de l'insolvabilité et du redressement.

Les données nous indiquent que les pratiques de gouvernance des petites entreprises peuvent constituer un bon indicateur des difficultés financières qu'elles connaîtront par la suite. Le premier signe est l'absence de toute expérience de gestion au moment du lancement de l'entreprise, notamment sur la façon de tenir les comptes, l'absence d'un plan d'affaires, et l'absence de tout suivi des dépenses et des revenus. Que ce soit du sondage mené auprès des syndics ou des données électroniques, une recommandation s'impose : il existe un grand besoin d'améliorer la formation des gestionnaires de PME. Quoique les données sur l'insolvabilité ne permettent pas de déterminer dans quelles proportions l'absence de formation est un facteur, il est très clair que la mauvaise gestion est une cause importante de l'échec des petites entreprises. On pourrait consacrer beaucoup plus de moyens à aider les entrepreneurs individuels à démarrer leur entreprise.

Cette aide pourrait prendre la forme de cours en ligne obligatoires avant l'enregistrement de toute nouvelle entreprise. Même si cette formation ne pourrait en rien garantir la bonne gouvernance des entreprises, elle permettrait d'alerter les entrepreneurs aux nombreuses dimensions du démarrage ou de la reprise d'une affaire. On pourrait s'inspirer des programmes universitaires de formation aux règles de l'éthique. À l'heure actuelle, les universités imposent un cours de formation en ligne obligatoire aux chercheurs qui comptent mener leurs recherches auprès des populations. Pour le chercheur d'expérience, c'est l'affaire d'un cours et d'un travail de quelques heures. Pour celui qui en a moins, il y a des cours à suivre et des examens pour vérifier son degré de compréhension et de connaissance des règles déontologiques applicables à son domaine. On pourrait développer des cours semblables en gestion de petites entreprises que les personnes possédant les connaissances requises pourraient suivre rapidement, mais qui exigeraient un effort supplémentaire pour les personnes qui ne les possèdent pas. L'usage des outils offerts par le gouvernement devrait être plus répandu, et leur contenu devrait être révisé par Industrie Canada pour y inclure de l'information sur le risque de difficultés financières et le moyen de les prévenir ou d'y remédier.

La décision d'imposer des cours obligatoires soulève trois importantes questions. La première est évidemment de savoir qui va supporter le coût d'un tel programme. Si c'est le gouvernement qui le fait à même l'assiette fiscale, les coûts d'un tel programme sont-ils compensés par les économies réalisées au niveau du filet de sécurité qui est déployé lors de l'échec d'une entreprise. Si les coûts doivent être à la charge de la personne qui cherche à monter une entreprise, auront-ils un effet dissuasif qui découragera les entrepreneurs et réduira le rythme de création de nouvelles entreprises. Il faut aussi s'interroger sur la suffisance de la formation en informatique de certaines personnes, quoique ce problème se pose de moins en moins. Ce genre d'exigence peut aussi constituer un obstacle pour les personnes dont la langue maternelle n'est ni l'anglais, ni le français. Et on peut aussi invoquer des arguments à caractère plus philosophique pour s'opposer à la formation

obligatoire, quoiqu'il y ait de nombreuses exigences pour l'admission à une profession ou à un métier qui sont considérées comme le prix à payer pour bénéficier des avantages qu'on en retire éventuellement. La même logique pourrait s'appliquer ici, plus particulièrement dans la mesure où les petites entreprises profitent de la générosité publique grâce à une exemption de la TPS lorsqu'elles ont peu de revenus, ou à un taux d'imposition plus faible.

La formation obligatoire constituerait une intrusion majeure dans le marché. La seule façon efficace d'assurer le respect de cette exigence serait de rendre la délivrance d'un numéro d'entreprise conditionnelle à la preuve de celle-ci. Les prêteurs pourraient aussi en faire une condition de leurs prêts. Cependant, on ignore s'il existe un appétit quelconque dans les milieux du prêt pour ce genre d'exigence. Certains expriment la préoccupation qu'une telle mesure pourrait tout simplement pousser davantage de gens vers l'économie souterraine. On se pose la question de savoir si certains débiteurs commerciaux ne pourraient pas se retrouver dans l'impossibilité de se prévaloir de la LFI s'ils ne suivaient pas les cours obligatoires. En fait, cette solution pourrait être dans l'intérêt public, dans la mesure où le débiteur désireux d'avoir accès à une protection en cas d'échec devrait assumer le fardeau social initial de suivre une formation en gestion pendant la durée de ses procédures de proposition.

Une autre objection à la formation obligatoire est qu'elle pourrait modifier le caractère contractuel de la proposition. Dans le contexte d'un plan d'arrangement sous la *LACC*, le juge Blair de la Cour d'appel de l'Ontario a récemment statué qu'une proposition sous la LFI constituait un contrat entre le débiteur et ses créanciers²²⁴. Contrairement à ce qui est le cas dans une faillite, dans une proposition, la propriété et la gestion demeurent entre les mains du débiteur, et ne sont pas dévolues au syndic. Dans un tel contexte juridique, il peut être délicat pour le syndic d'une proposition d'informer le débiteur qu'il ne possède pas les compétences en gestion requises et qu'il peut se retrouver privé de la possibilité de déposer une proposition à moins que la direction ne soit remplacée, surtout dans le cas d'une petite entreprise où les gestionnaires en sont souvent aussi les actionnaires. On peut argumenter que certaines préoccupations quant à la gouvernance sont prises en compte aux différentes étapes de l'approbation de la proposition grâce au contrôle exercé par les créanciers. En effet, les créanciers sont en mesure de rejeter une proposition s'ils ont des doutes importants sur la gouvernance de l'entreprise ou la gestion du débiteur. Il arrive même parfois lors d'une assemblée des créanciers que ceux-ci manifestent une certaine hostilité à l'endroit de la direction de l'entreprise, ce qui peut contraindre la débitrice à envisager d'autres arrangements ou à incorporer certaines modifications ou certains engagements dans sa proposition pour qu'elle puisse obtenir le degré de soutien nécessaire. Cependant, les créanciers sont confrontés à certains défis collectifs dans leurs revendications pour faire changer les pratiques de gouvernance. En effet, on relève des problèmes de participation insuffisante aux assemblées de créanciers, surtout dans les cas où l'importance de la réclamation ne justifie pas l'allocation de moyens importants à la participation et au droit de contrôle. Si bien que les créanciers ne jouent pas toujours le rôle qu'ils devraient sur la gouvernance de l'entreprise.

²²⁴ *ATB Financial v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.*, [2008] O.J. No. 3164, 2008 ONCA 587, au par. 9; Demande de permission d'en appeler rejetée sans frais (aucun motif fourni), 19 septembre 2008 [2008] C.S.C.R. no 337, citant les affaires *Employer's Liability Assurance Corp. Ltd. c. Ideal Petroleum (1959) Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 230, à la p. 239, et *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v. Armitage* (2000), 50 O.R. (3d) 688, au par. 11 (C.A.).

On peut également soulever les problèmes de gouvernance devant le registraire des faillites ou au tribunal au stade de la demande d'approbation de la proposition, même si ce dernier est peu susceptible de refuser la demande si elle bénéficie du degré de soutien nécessaire des créanciers et que les parties ne soulèvent pas cette question. Il n'y a aucune donnée sur la fréquence à laquelle cette question est soulevée par les parties, le registraire, ou le tribunal, un aspect qu'il pourrait être utile d'examiner lors de prochaines études.

ii. Incitatifs pour les prêteurs

Une approche différente consisterait à inciter les banques commerciales à accroître à la fois le nombre de leurs prêts aux petites entreprises et le degré de surveillance auquel ils sont assujettis. Les prêteurs qui consentent des prêts d'exploitation sont mieux placés que les créanciers non garantis pour exiger des engagements contractuels en matière de gouvernance, et pour surveiller la situation financière du débiteur. Les données indiquent que les créanciers pourraient se montrer plus diligents dans leur surveillance, empêchant ainsi une aggravation de l'insolvabilité au fur et à mesure que s'accumulent les nouvelles pressions sur les finances de leur débiteur. Il semble anormal de voir des personnes insuffisamment informées des questions financières, et notamment des commerçants qui sont pourtant compétents dans leur domaine, échouer en raison des mauvaises décisions de crédit dont leurs prêteurs auraient dû rendre compte. Vu l'importance du risque que courent les débiteurs lorsque leur entreprise n'est pas constituée en société par action ou lorsqu'ils ont donné des garanties personnelles, les prêteurs ont sans doute une plus grande obligation de consentir des prêts qui tiennent compte de la capacité réelle de remboursement de leur débiteur. On pourrait même argumenter qu'il existe une obligation fiduciaire entre le débiteur et sa banque, surtout dans le cas d'une entreprise individuelle²²⁵. Cependant, comme nous le verrons dans notre discussion sur la nature évolutive du crédit plus bas, c'est précisément le contraire qui se produit, ce qui rend assez improbable la possibilité que les banques deviennent les promotrices de meilleures pratiques de gouvernance en en faisant une condition de leurs prêts.

iii. Divulgence détaillée et cueillette des données

Bien que nous ne disposions pas de suffisamment de données pour tirer de grandes conclusions en la matière, il semble que la gouvernance pose moins de problèmes pour les entreprises cotées en bourse, sans doute parce que la législation sur les valeurs mobilières les oblige à divulguer leur situation financière à intervalles fixes au cours de l'année, et à dévoiler régulièrement leur structure de gouvernance, de même que tout changement important susceptible d'avoir une incidence sur l'évolution de leurs affaires, au fur et à mesure. La plupart des entreprises disposent donc des pratiques de gouvernance qui leur permettent de répondre aux exigences de la loi et aux normes les plus élevées en matière de divulgation.

Par ailleurs, comme nous l'avons souligné plus haut, le BSF pourrait augmenter ses exigences en matière de données et recueillir davantage de précisions sur les personnes impliquées dans la gestion d'une entreprise insolvable, telles que le nom des administrateurs actuels et passés, et celui des personnes qui ont

²²⁵ Voir par exemple *Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757, où le tribunal a statué que la banque avait une obligation de fiduciaire envers son client en raison de la relation de confiance qui existait entre eux.

constitué l'entreprise en société de façon à retracer les faillites à répétition, en ajoutant une question aux formulaires de faillite sur la possibilité que le débiteur ait déjà été administrateur ou dirigeant d'une société en faillite.

En résumé, il est possible de tirer de notre analyse deux idées de base sur la gouvernance et l'insolvabilité commerciale. La première est qu'il devrait exister une norme quant aux connaissances et aux compétences minimales requises pour lancer une nouvelle entreprise, et le gouvernement devrait consacrer certains moyens à la formation des entrepreneurs aux concepts élémentaires de la finance, de la finance et de l'insolvabilité, ou pour permettre aux débiteurs de faire appel à des professionnels pour les aider à se doter de bonnes pratiques en matière de gouvernance. La seconde est qu'il devrait exister un principe selon lequel, lorsque les créanciers et le syndic concluent à l'existence d'un problème de gouvernance, le débiteur ne peut procéder à une restructuration à moins qu'on n'ait d'abord remédié aux problèmes de gouvernance identifiés, soit en faisant entrer dans l'entreprise des nouveaux gestionnaires, soit en offrant un complément de formation aux gestionnaires en place, ou encore en vendant l'entreprise en exploitation de telle sorte que ses dirigeants soient remplacés par les nouveaux propriétaires.

Cependant, dans ce cas, il faut s'assurer qu'on remédie aux problèmes identifiés plus haut. L'ajout d'une nouvelle condition *sine qua non* peut constituer un frein à l'utilisation des propositions. De plus, contrairement à ce qui se produit en cas de faillite, dans une proposition, la propriété et la gestion des biens demeurent entre les mains du débiteur. Dans ce contexte de droit, la question se pose de savoir si le syndic est vraiment le mieux placé pour suggérer au débiteur qu'il ne peut faire une proposition à moins que la direction ne soit remplacée ou ait reçu un complément de formation. Le syndic peut ne pas avoir les compétences requises pour faire des recommandations en matière de gouvernance, son champ d'expertise se limitant à la gestion comptable et financière, et non aux autres aspects de la gouvernance. Il est possible que le stade de l'approbation de la proposition soit le meilleur moment de traiter les préoccupations de gouvernance grâce au contrôle que peuvent exercer les créanciers et le tribunal. En effet, les créanciers peuvent toujours rejeter une proposition à l'assemblée des créanciers s'ils ont de graves réserves sur les pratiques du débiteur en matière de gouvernance ou de gestion.

iv. Contrôle par accès au financement de débiteur-exploitant

Les modifications projetées aux règles sur le financement provisoire vont offrir aux créanciers et aux tribunaux un mécanisme pour s'intéresser aux pratiques de l'entreprise débitrice en matière de gouvernance. Le nouvel article 50.6 de la *LFI* codifie le pouvoir du tribunal afin de faciliter le financement provisoire des entreprises insolvable en accordant une sûreté au prêteur. Toutefois, lorsque le débiteur est une personne physique, il ne peut présenter une demande que s'il exploite une entreprise et, le cas échéant, seuls les biens acquis ou utilisés dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise peuvent être grevés. Pour décider s'il rend l'ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants : la façon dont les affaires financières et autres du débiteur seront gérées au cours des procédures; la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants; et celle de savoir si le prêt favorisera la présentation d'une proposition viable à l'égard du débiteur, toutes choses qui permettent de procéder à une évaluation des pratiques du débiteur en matière de gouvernance.

2. Capitalisation de l'entreprise

La deuxième question est celle de la suffisance de la capitalisation de l'entreprise. Sur les 702 dossiers qui contiennent des indications détaillées sur les causes de l'insolvabilité, 11 % font état de la sous-capitalisation de l'entreprise. Pour les syndicats, il s'agit d'un problème encore plus important. Non seulement la sous-capitalisation est-elle un problème fréquent chez les entreprises individuelles, mais elle constitue également une des causes principales de l'insolvabilité des sociétés de personnes et des sociétés par actions. Dans le cas des entreprises individuelles, les données démontrent clairement que la capitalisation est souvent insuffisante dès le départ. Dans le cas des sociétés de personnes et des sociétés par actions, le problème de la sous-capitalisation ne semble pas être aussi important au départ, et celui-ci ne semble devenir apparent que lorsque l'entreprise décide de prendre de l'expansion ou se réorienter dans d'autres champs d'activité sans capitalisation suffisante. Quand des associés se séparent et que l'un ou plusieurs d'entre eux décident de poursuivre les activités, les coûts du rachat des parts de celui ou de ceux qui partent ont pour effet de laisser l'entreprise sous-capitalisée. Même les entreprises qui sont suffisamment capitalisées peuvent ne pas avoir prévu le financement provisoire nécessaire pour une réduction de l'activité économique aussi prononcée que celle de 2009. Étant donné le petit nombre des dossiers dans lesquels il est possible de trouver des indications aussi précises, il est impossible de tirer des conclusions fiables. Cependant, on peut certainement constater le besoin d'informations plus complètes à différentes étapes d'une activité commerciale.

Ici encore, une formation sur les tenants et les aboutissants de la gestion d'une entreprise pourrait jouer un rôle préventif, notamment au chapitre du réalisme des attentes à entretenir sur les besoins en capitalisation d'une entreprise selon qu'il s'agit de la lancer, de l'exploiter, ou de lui permettre de prendre de l'expansion. Il faudrait améliorer la formation et fournir davantage d'information sur les besoins en capitaux d'une entreprise, de même qu'augmenter la quantité de l'information générale sur les sources de financement disponibles lorsqu'une entreprise se met à éprouver des difficultés financières. Bien que le gouvernement fédéral et certains de ses partenaires aient déjà commencé à s'engager dans ce genre de formation, il ne semble pas y avoir suffisamment d'information sur le risque de connaître un échec commercial et sur les stratégies préventives à adopter. Le BSF a produit des guides financiers pour les consommateurs de tous âges, y compris les enfants et les jeunes adultes²²⁶. Le BSF pourrait travailler avec les collectivités locales et les associations professionnelles, et notamment la Fondation canadienne de l'insolvabilité et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation, au développement d'une série de publications éducatives à l'intention des jeunes et des adultes en cours de formation pour leur enseigner les rudiments de la gestion, des finances et de la comptabilité, ce qui les sensibiliserait au moins aux défis de lancer une entreprise et au risque d'assumer la gestion d'une entreprise sans avoir de formation spécialisée, notamment aux signes précurseurs des difficultés financières.

3. Dépassement de crédit ou surendettement

Le surendettement joue également un rôle important en matière de faillite commerciale, en ce qui concerne à la fois les marges de crédit, prêts d'exploitation,

²²⁶ Voir par exemple « Le guide financier de l'étudiant de niveau postsecondaire » du BSF, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01484.html>

prêts d'immobilisation, et les cartes de crédit. Notre échantillon majeur révèle que 24 % des débiteurs commerciaux mentionnent le surendettement parmi les causes importantes de leur insolvabilité. L'endettement sur cartes de crédit joue un rôle important dans l'échec des plus petites entreprises.

Les prêts d'exploitation continuent à être significatifs dans tous les types d'entreprises qui se prévalent de la *LFI*, mais les cartes de crédit sont également devenues une source importante de financement, la dette moyenne s'élevant à 19 795 \$, alors que la médiane est de 7 000 \$. L'endettement par cartes de crédit est donc devenu une composante importante de l'endettement des particuliers engagés dans une petite entreprise. Vu les taux d'intérêt élevés pratiqués, les débiteurs qui ne disposent pas d'un flux de revenus réguliers pour effectuer les paiements minimums sont davantage susceptibles de se retrouver en défaut.

Nos données suggèrent que les entreprises accumulent une dette importante par cartes de crédit dans la période qui précède le dépôt d'une procédure en insolvabilité, souvent pour couvrir des dépenses lorsque les revenus chutent et que la valeur des comptes à recevoir impayés augmente. Dans de nombreux cas d'insolvabilité commerciale, la forte proportion de l'endettement par cartes de crédit n'est pas imputable à une utilisation abusive. Il s'agit plutôt d'un mauvais choix en période de difficultés financières. Quand elles ne peuvent disposer d'autres sources de financement, les PME n'ont guère d'autre choix que de se financer par cartes de crédit, ce qui se trouve très souvent à augmenter le risque de l'insolvabilité. Nos données indiquent que les entreprises contractent souvent des prêts auprès de sociétés de services financiers dans la période qui précède l'ouverture d'une procédure dans le but de consolider leurs dettes de cartes de crédit. La faillite devient alors un moyen de se débarrasser des difficultés financières et de prendre un nouveau départ.

Le professeur Ronald Mann a observé que dans la mesure où les cartes de crédit facilitent la vie des entreprises, elles deviennent une composante importante d'une économie, mais il faut savoir que d'importants coûts sociaux sont reliés à leur utilisation qui se présentent sous forme de difficultés financières et d'une augmentation du nombre des faillites²²⁷. Il note également qu'un endettement excessif par cartes de crédit peut imposer un fardeau très lourd au débiteur, aux membres de sa famille, et au filet de sûreté de nos services sociaux, et avoir de lourdes conséquences sur la capacité de produire des personnes en difficultés financières²²⁸. Quoique l'attribution d'une carte de crédit soit une décision du prêteur, il n'est pas évident que les petites entreprises soient bien conscientes des effets des taux d'intérêts cumulatifs. Dans une autre étude, le professeur Mann a noté que, contrairement à ce qui est le cas pour un prêt où il existe un taux d'intérêt et des dates d'échéance fixes, dans le cas d'une carte de crédit, le débiteur doit assumer un taux d'intérêt élevé sans avoir d'autre échéance à respecter que celle d'un paiement minimum. Il est donc facile de laisser ces dettes s'accumuler pendant un certain temps.

Les prêts consentis par les particuliers, souvent des membres de la famille ou des amis, représentent une part importante de l'endettement des entreprises, et surtout des entreprises individuelles. Les dettes fiscales, dont la moyenne s'élève à 41 477 \$, ont également leur importance. Cependant, la médiane ne s'élève qu'à 3 520 \$, ce qui semblerait indiquer qu'il n'y a plus beaucoup de débiteurs qui ont des dettes fiscales importantes. Les syndicats nous ont toutefois fait remarquer que

²²⁷ Ron Mann, *Charging Ahead, The Growth and Regulation of Payment Card Markets*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2006), à la p. 3.

²²⁸ *Ibid.* pp. 49 et 50.

les débiteurs commerciaux se finançaient de plus en plus à même les sommes qu'ils devaient au fisc.

Les entreprises individuelles continuent dans une large mesure à recourir aux formes traditionnelles de crédit, quoique le sondage mené auprès des syndic nous révèle que le prêt sur salaire est utilisé par les particuliers qui se trouvent à la fois à exploiter une entreprise et à recevoir un chèque de paie d'un autre employeur, le prêt sur salaire servant de source rapide de liquidités pour l'exploitation de l'entreprise.

Vu que les dettes fiscales peuvent être importantes dans certains cas, on peut argumenter que l'Agence du revenu du Canada a certainement un rôle à jouer dans la perception plus régulière des sommes qui lui sont dues afin de ne pas encourager cette pratique qui consiste pour certaines entreprises à se financer avec l'argent de la TPS. De la même façon, dans le cas des entreprises débitrices qui ont des régimes de retraite à prestations déterminées, les autorités de réglementation devraient intervenir beaucoup plus rapidement pour exiger des entreprises qu'elles purgent leur déficit à la caisse de retraite, de façon à ce que les employés et les retraités ne se retrouvent pas à devoir injustement supporter ces coûts en cas d'insolvabilité de l'entreprise.

En résumé, et bien que le crédit continue d'être un rouage essentiel du financement de l'innovation et de l'activité commerciale au Canada, on continue d'observer un phénomène de sous-capitalisation et de surendettement des entreprises au Canada qui peut contribuer à un certain nombre de cas inutiles d'insolvabilité. Le principe devrait être que le crédit est disponible pour les entreprises qui ont un plan d'affaires viable, et les particuliers devraient obtenir une opinion juridique et financière indépendante avant de consentir des garanties personnelles aux créanciers de l'entreprise. Il devrait y avoir une meilleure formation des personnes qui exploitent des PME, notamment au chapitre de la compréhension des avantages et des inconvénients reliés à l'usage des cartes de crédit, et au besoin d'équilibrer les différentes formes de crédit dans le financement d'une entreprise. Le temps est également venu de tenir un nouveau débat sur l'opportunité pour les banques, dans une perspective d'intérêt public, d'offrir des prêts aux petites entreprises pour éviter que celles-ci ne doivent se financer à même des cartes de crédit. La question se pose également de savoir s'il ne devrait pas y avoir un certain degré de réglementation des émetteurs de cartes de crédit pour s'assurer de la présence de certaines dispositions dans les conventions susceptibles d'empêcher que les cartes de crédit n'endettent trop fortement une petite entreprise. Ces dispositions devraient porter sur les obligations des émetteurs de cartes pour s'assurer que le débiteur est en mesure d'assumer les coûts du crédit octroyé. Ces questions doivent faire l'objet d'une analyse plus poussée sur le plan de l'intérêt public vu le rôle très important du surendettement dans l'insolvabilité des petites entreprises.

4. Repli économique

Un des aspects les plus intéressants, mais en même temps le plus frustrant, de la recherche empirique en matière d'insolvabilité est la fluidité des données. Dans le cas présent, notre étude couvre la période de 2005 à 2008 qui précède les pires effets de la crise financière et économique mondiale. Nos observations dans cette partie sont dépassées au moment même où nous concluons notre rapport au début de 2009, vu les défis énormes auxquels nous sommes actuellement confrontés sur le plan financier au Canada. Même si la période étudiée précède la crise financière actuelle, 10% des débiteurs commerciaux nous ont rapporté qu'une contraction de l'activité dans leur secteur avait joué un rôle dans leur insolvabilité. Ce chiffre est fortement en hausse en 2009. En effet, les entreprises sont confrontées à des défis importants de deux ordres. Le premier est une chute de la demande dans le secteur où l'entreprise opère, et cette chute peut-être temporaire ou revêtir un caractère plus permanent. Les stratégies seront différentes dans un cas ou dans l'autre, selon la durée anticipée des difficultés. Des ajustements temporaires exigent la mise en place d'une stratégie de survie, et notamment l'accès à du financement provisoire. La perte définitive de marchés exige une évaluation des capacités de l'entreprise à transformer le coeur de ses activités pour lui permettre de s'ajuster aux nouvelles exigences du marché en faisant appel au crédit, ou pour décider s'il est préférable de la liquider.

Le deuxième ordre de défis, c'est celui que nous connaissons à l'heure actuelle avec la contraction de l'économie ou une crise des marchés. Dans de telles situations, le crédit se fait plus rare et plus cher au moment même où les entreprises en ont justement besoin pour passer au travers de la crise. Les cas d'insolvabilité vont vraisemblablement se multiplier au fur et à mesure que se feront ressentir les retombées du gel du crédit dans notre économie. Ces retombées se manifestent déjà dans les dossiers soumis de septembre à décembre 2008, dans lesquels on commence à évoquer avec une certaine constance la crise financière et l'effondrement des marchés comme causes de l'insolvabilité.

L'autre question qui se pose dans le contexte économique actuel est celle de la relation qui existe entre le resserrement de l'accès au crédit et la perte de confiance et des prêteurs et des débiteurs dans l'efficacité des propositions pour régler les difficultés financières. Vu l'importance d'une activité économique soutenue, il devrait y avoir un débat sur l'intérêt public de s'assurer que les propositions demeurent une stratégie de relance viable même dans une telle conjoncture. Autrement, nous pourrions nous retrouver avec une augmentation importante du nombre de liquidations.

Comme toutes les entreprises sont logées à la même enseigne pour ce qui est d'ajuster leurs plans d'affaires à l'évolution des conditions du marché, il n'y a sans doute pas de recommandations particulières à formuler, sauf à noter que les entreprises ont besoin de davantage d'information sur les possibilités de crédit dans un contexte où il se fait rare. Les politiques en matière de faillite, de normes bancaires et dans d'autres domaines doivent tenir compte du besoin pour les entreprises d'avoir accès à du crédit à des conditions abordables.

Les PME ont également besoin d'une meilleure information sur la nature des différents produits financiers disponibles sur le marché et sur les risques qu'ils présentent. Le papier commercial adossé à des actifs en est un bon exemple. Plusieurs petites entreprises avaient placé de l'argent dans le PCAA après qu'on leur en avait vanté la sécurité de ce genre de placement. Les pertes subies par ces entreprises en raison du gel de ce marché leur ont occasionné des difficultés

financières qui les précipiteront peut-être dans l'insolvabilité. Une meilleure transparence des marchés à l'avenir et une meilleure formation des gestionnaires au sujet des risques associés aux produits financiers structurés pourraient favoriser une réduction des risques assumés par les entreprises à plus long terme.

5. Changements dans la relation de crédit

Il y a un autre aspect dans la relation de crédit avec les spécialistes du prêt d'exploitation qui ne s'est pas manifesté dans les données que nous avons analysées, mais qui est tout de même digne de mention²²⁹. Le recours aux produits dérivés a semble-t-il amené les prêteurs traditionnels à réduire leur niveau de surveillance, ce qui peut avoir eu pour effet de retarder certaines procédures en insolvabilité et nuire au redressement de certaines entreprises. Les produits dérivés sont des instruments financiers qui permettent aux parties, et notamment aux premiers prêteurs, de gérer leur degré d'exposition au risque financier²³⁰. Les banques spécialisées dans le prêt commercial ont historiquement joué un rôle important dans la surveillance de la situation financière des débiteurs commerciaux, et plus particulièrement au cours de la période qui précède leur insolvabilité. Cependant, la possibilité qu'elles ont désormais de réduire leurs risques en utilisant des produits dérivés est venu miner l'incitatif qu'elles avaient à surveiller les affaires de leurs débiteurs, malgré qu'elles soient les mieux placées pour obtenir de l'information par le truchement des obligations de divulgation que contiennent leurs conventions de prêt, et qu'elles disposent à l'interne des compétences nécessaires pour procéder à cette surveillance²³¹.

Le petit nombre des exigences imposées à certains débiteurs au cours des dernières années attribuable à la possibilité pour les prêteurs de se prémunir contre les risques en utilisant des produits dérivés plutôt qu'en imposant des exigences strictes va peut-être empêcher certains autres créanciers d'exercer une surveillance sur leur débiteur jusqu'à ce que sa situation financière soit gravement compromise, ce qui entraînera un retard dans certaines liquidations ou restructurations, et une réduction des sommes qui pourront être récupérées au bénéfice des créanciers²³². Il se peut que les prêteurs d'origine ne soient plus intéressés à prendre l'initiative dans les négociations pour le réaménagement de la dette, surtout si les produits dérivés qu'elles détiennent sur le risque de défaut de leur débiteur leur enlèvent tout intérêt économique à le faire. Un prêteur d'origine sera moins disposé à consacrer du temps et des ressources à la vérification

²²⁹ Pour une analyse de cette problématique, voir Janis Sarra, « Credit Derivatives Market Design, Creating Fairness and Sustainability », NSF, octobre 2008.

²³⁰ Il existe plusieurs sortes de produits dérivés de crédit, notamment contre le risque de défaut, les titres garantis par des créances (TGC), les transactions à la pleine valeur ou sur index, les titres obligataires liés. Les produits dérivés de crédit sont soit simples, soit multiples (un panier de créances). Les dérivés de crédit simples misent sur la solvabilité d'une seule entité de référence. Les dérivés multiples assurent une protection contre le risque de plusieurs défauts dans un même portefeuille. Elizabeth Murphy, Janis Sarra et Michael Creber, « Credit Derivatives in Canadian Insolvency Proceedings, 'The Devil will be in the Details' », dans *Annual Review of Insolvency Law*, 2006 (Toronto: Carswell), pp. 187 à 234.

²³¹ Sarra, *supra*, note 202. Quoiqu'on puisse argumenter que la gestion du risque a permis de libérer du capital pour le bénéfice des autres emprunteurs, la confiance que les créanciers et autres intervenants dans le marché plaçaient auparavant dans les banques pour effectuer cette surveillance et se prononcer sur la santé financière d'une entreprise, s'est beaucoup étiolée.

²³² *Ibid.*

diligente lors de la mise en place d'un crédit si son risque se trouve à être éliminé par un produit dérivé conçu pour titriser ce crédit et le répartir entre plusieurs acheteurs. Le signal envoyé au marché par le consentement du prêt original ne constitue donc plus un indicateur fiable de la valeur de l'entreprise débitrice.

De plus, dans une transaction de vente et d'achat d'un produit dérivé, les parties renoncent souvent à toute négociation des conditions, et notamment à la surveillance du débiteur, à l'imposition de dispositions contraignantes, et au droit de contrôle en cas de défaut, parce qu'elles savent qu'elles parviendront à se débarrasser de leur risque en se procurant d'autres produits dérivés. Quand l'entreprise se met à éprouver des difficultés financières, les grandes sociétés intéressées ne partagent plus le même objectif de maximiser la valeur de l'entreprise et d'éliminer le relâchement dans la gestion parce que le prêteur d'origine a couvert son risque à l'aide de produits dérivés et que de nombreuses autres parties se sont engouffrées à sa suite. Les créanciers de l'entreprise insolvable qui détiennent des quantités importantes de produits dérivés peuvent même avoir intérêt à ce qu'un défaut survienne pour produire un incident de crédit²³³. Vu leurs intérêts économiques, il existe plusieurs facteurs qui peuvent avoir une influence sur la motivation des parties intéressées dans une opération de restructuration. Cependant, le créancier qui a couvert son risque à l'aide d'un produit dérivé se trouve dans une situation différente, car il n'est pas possible de voir si ses intérêts économiques sont en jeu²³⁴. Cette situation peut à son tour affecter la volonté des parties de soutenir un plan de relance viable.

En résumé, certaines nouvelles mesures devraient être adoptées pour régler la question de la transparence des intérêts économiques dans une entreprise insolvable lorsque les créanciers ont couvert leur risque à l'aide de produits dérivés. Dans une procédure de restructuration, il devrait y avoir divulgation obligatoire des risques économiques réels des parties, et notamment la divulgation du montant de la couverture obtenue par les créanciers qui cherchent à exercer leur droit de vote ou de surveillance dans une procédure de redressement. Le tribunal devrait tenir compte des intérêts économiques en jeu dans toute proposition sous la *LFI*.

6. Ratio d'endettement

Comme nous l'avons vu plus haut dans le cas des 200 dossiers de faillite examinés, la valeur médiane de la dette des sociétés par actions était de 263 127 \$, alors que la valeur médiane des biens détenus était de 8 322 \$. Dans le cas des sociétés de personne, ces chiffres s'établissaient respectivement à 114 028 \$, et à 14 552 \$, alors qu'ils étaient de 99 799 \$ et de 8 500 \$ dans le cas des entreprises individuelles.

S'agissant des propositions, notre analyse de 200 dossiers révèle un ratio d'endettement légèrement meilleur dans les trois catégories d'entreprises. Le montant de dette médian était de 98 115 \$ dans le cas des sociétés par actions alors que celui de leurs biens atteignait les 21 701 \$. Pour les sociétés de personne, on parlait respectivement de 61 218 \$, et de 28 800 \$, alors que les

²³³ Cette observation vise à ne pas nous faire perdre de vue que dans une transaction au comptant, l'acheteur d'une protection demeure « à risque » pour la valeur de la protection achetée lors d'une procédure en insolvabilité.

²³⁴ Voir Sarra, *supra*, note 202 pour obtenir la liste des recommandations permettant de répondre à ces questions.

mêmes valeurs atteignaient respectivement les 65 800 \$ et les 18 950 \$ dans le cas des entreprises individuelles.

La valeur plus élevée des biens constitue clairement un facteur qui incite les débiteurs commerciaux à déposer une proposition. Le ratio d'endettement n'est pas le seul facteur qui détermine le résultat. Entrent aussi en ligne de compte le genre de dette, le taux d'intérêt, les frais de financement, les droits de contrôle, et les dispositions contraignantes. Il faudrait améliorer la formation sur les avantages et les inconvénients de l'endettement, et sur la façon de prendre des décisions et des risques calculés. À cet égard, les prêteurs ont sans doute aussi des obligations à l'égard des emprunteurs, et notamment de les informer de la nature et de la gravité des risques.

7. Relation entre les causes de l'insolvabilité et le résultat recherché dans une proposition commerciale

Un des défis les plus intéressants de notre étude était de comprendre en quoi les conditions de la proposition se trouvaient à rejoindre les causes sous-jacentes de l'insolvabilité de l'entreprise concernée. Sur la base des données recueillies par le BSF, il est presque impossible d'établir un rapport entre les causes de l'insolvabilité et les termes d'une proposition. Notre étude a analysé 200 propositions, soit un nombre égal de propositions de la Section I et de propositions de la Section II. Bien que les conditions de la transaction ou de l'arrangement soient indiquées, il n'est pas possible de distinguer le lien qui existe entre les conditions de la proposition et les causes de l'insolvabilité de la débitrice.

Ce manque de transparence et de lien a deux conséquences. Tout d'abord, il n'est pas évident que les créanciers aient quelque idée de la façon dont la transaction proposée va répondre aux causes sous-jacentes de l'insolvabilité. Étant donné qu'ils doivent déterminer l'importance du compromis qu'ils sont prêts à faire, que ce soit à titre d'employé, de prêteur principal ou de fournisseur, les créanciers doivent avoir une meilleure compréhension de la question de savoir si l'entreprise devrait être liquidée pour maximiser sa valeur, ou bien si la transaction ou l'arrangement proposé a un intérêt quelconque.

Notre étude nous indique que le point de rupture le plus critique est le rejet de la proposition par les créanciers. En effet, 31 % des propositions échouent parce qu'elles ne réussissent pas à obtenir le soutien des créanciers. Une plus grande transparence à l'égard des créanciers en établissant plus clairement le lien entre les causes de l'insolvabilité et le contenu de la proposition serait de nature à favoriser leur soutien à la proposition. Les créanciers prennent souvent leur décision sur la base du rendement escompté de la proposition par rapport à un scénario de liquidation. Dans de nombreux cas, la principale motivation des créanciers à accepter une proposition est qu'elle leur permet de récupérer davantage qu'en cas de faillite. La façon dont on parvient à ce résultat ou si le débiteur se trouve à remédier aux causes de l'insolvabilité en leur assurant ce rendement plus élevé ne semblent pas avoir grande importance. La proposition peut implicitement suggérer que si le débiteur offre davantage d'argent que ce ne serait le cas dans une faillite, c'est sans doute qu'il croit être capable de redresser sa situation et surmonter les problèmes qui l'ont conduit à l'insolvabilité. Cependant, cette conclusion n'est pas évidente à la lumière des dossiers déposés et des décisions rendues. Si l'une des raisons pour les créanciers d'accepter une proposition est de pouvoir conserver un client dans l'avenir, alors la possibilité d'établir le rapport entre les causes de l'insolvabilité et les termes de la proposition devrait améliorer les chances que cela soit le cas.

Notre travail nous a permis d'identifier un certain nombre de failles dans les données recueillies par le BSF que nous avons signalées tout au long de cette étude, notamment dans la Partie II. L'amélioration de la collecte des données pourrait nous permettre de faire les liens entre les causes des difficultés financières et les stratégies pour y remédier. Par exemple, s'agissant des causes de l'insolvabilité, les données pourraient être recueillies dans une liste électronique à déroulement qui fournirait davantage de précisions sur les causes, et de l'espace pour expliquer en quoi la proposition constitue une réponse aux causes identifiées dans ce cas.

Cependant, Vern DaRe a posé la question de savoir si, en ajoutant un plus grand nombre de dispositions obligatoires dans une proposition telles que l'indication du lien entre la cause et le remède, on ne se trouverait pas à miner les fondements du principe de la liberté de contracter²³⁵. Il suggère, avec le cosignataire de son ouvrage, John Honsberger, que, sauf pour ce qui est des dispositions obligatoires, la seule limite aux termes d'une proposition est « le degré d'imagination de ses auteurs et ce qui sera jugé acceptable par les créanciers et le tribunal »²³⁶.

L'établissement de tels liens pourrait avoir des conséquences sur les coûts de la proposition, notamment aux chapitres des honoraires professionnels et des frais de transaction. Une solution serait de développer des modèles de propositions, comme certains cabinets de syndics ou de conseillers en endettement l'ont déjà fait, à la façon des modèles d'ordonnances de mise sous séquestre, ce qui permettrait de s'assurer que les parties établissent le rapport entre la cause des difficultés financières et la proposition. Le recours à ce genre de modèles permet de limiter les coûts, et il est préférable qu'ils puissent être modifiées pour s'adapter aux situations particulières d'une proposition tout en établissant une nouvelle norme relative au lien entre la cause des difficultés financières et la stratégie mise de l'avant pour les régler.

Comme nous l'avons vu plus haut, la structure de défaut des propositions de la Section II, fondée sur le soutien des créanciers, risque de mener à une diminution des cas de rejet, et l'élévation du seuil d'accès à la proposition de Section II permettra à un plus grand nombre de débiteurs commerciaux individuels de s'en prévaloir. On devrait donc observer une diminution des cas d'échec. Dans ce cas-ci également, on devrait porter une plus grande attention à la façon dont les termes des propositions répondent aux causes sous-jacentes de l'insolvabilité.

Quand une proposition est soumise à l'approbation d'un registraire, la principale considération est de savoir si le dividende est plus élevé qu'il ne le serait en cas de faillite. Et le sondage mené auprès des syndics ne fournit guère d'indications sur la question de savoir si le fait que le débiteur ait remédié aux causes de son insolvabilité, sauf en ce qui concerne peut-être les faits énumérés à l'article 173, est prise en considération par le registraire dans sa décision d'approuver ou non la proposition.

Dans une perspective d'améliorer le taux de succès des propositions, il faut que le lien entre la cause des difficultés financières et le contenu de la proposition soit plus clair. En effet, 15 % des propositions commerciales sous la Section I échouent par suite du défaut d'en respecter les termes. Si les sources des difficultés et les mesures proposées étaient mieux arrimées, on pourrait assister à une réduction

²³⁵ John Honsberger et Vern DaRe, *Debt Restructuring: Principles and Practice* (Aurora: Canada Law Book, 2008), ouvrage cité avec la permission des auteurs.

²³⁶ *Ibid.*

des cas de défaut, car les termes des propositions viseraient à empêcher une répétition de la situation. Par ailleurs, 11.8 % des propositions de la Section II ont échoué à la suite d'un défaut d'en respecter les termes et d'une annulation réputée. Le taux élevé d'échecs à ce stade est sans doute dû au caractère arbitraire des dispositions sur l'annulation réputée, et à la difficulté de rattrapper une proposition lorsque des paiements n'ont pas été faits. Ce problème est susceptible d'être réglé par les modifications à la LFI qui permettent de raviver une proposition.

Ainsi donc, la situation aux deux principaux points de rupture, l'approbation des créanciers et le défaut de respecter les conditions de la proposition, démontre la nécessité de lier l'information fournie à la cause, aux conditions de la proposition et à l'issue attendue.

Ce problème soulève également une question de mandat. Dans le cas des entreprises individuelles, de plusieurs sociétés de personnes et de certaines petites ou moyennes entreprises constituées en sociétés par actions, le mandant, soit la personne qui a un intérêt économique direct dans l'entreprise, assume également la gestion de l'entreprise. Quand celle-ci est solvable, la question du mandat ne se pose pas, car le gestionnaire/propriétaire agit dans son intérêt lorsqu'il prend des décisions. Cependant, en cas d'insolvabilité, les créanciers sont vraisemblablement en mesure de prétendre à la valeur résiduaire des biens de l'entreprise. On peut donc se retrouver en face d'un conflit d'intérêts lorsque le gestionnaire décide des mesures de redressement à inclure dans la proposition, conflit qui peut être mitigé par la présence du syndic ou de l'administrateur de la proposition. De plus, une présentation plus claire de la façon dont les termes de la proposition permettront de répondre aux causes de l'insolvabilité permettra sans doute aux gestionnaires de régler ces problèmes de conflits d'intérêt. Pour les sociétés par actions et les sociétés de personnes dans lesquelles la propriété et le contrôle sont séparés, une plus grande transparence du lien qui existe entre la cause de l'insolvabilité et la stratégie de la proposition permet également de régler les questions de mandat qui peuvent se poser lorsqu'un gestionnaire cherche à protéger son propre emploi après le redressement.

Comme c'est le cas en matière de gouvernance et de capitalisation, la transparence joue un rôle important dans l'établissement de ce lien. Les syndics et les administrateurs qui avisent les débiteurs relativement aux solutions qui s'offrent à eux, de même que les créanciers, ont besoin d'avoir suffisamment d'informations pour donner des conseils judicieux quant à savoir s'il y a lieu de soutenir ou non une proposition. Pourtant, en mettant de côté les sociétés cotées en bourse qui ont une obligation de rendre compte sur une base continue afin de conserver leur inscription à la cote et leur enregistrement auprès des organismes de réglementation, la situation financière d'une entreprise, et particulièrement d'une entreprise individuelle, peut être dans un piètre état lorsque vient le temps de déposer une procédure. Les finances de l'entreprise sont souvent enchevêtrées avec les finances personnelles du propriétaire qui s'est servi de ses cartes de crédit pour les besoins de l'entreprise. Quand le syndic fait rapport sur les perspectives de recouvrement offertes par une proposition par opposition à une faillite, les hypothèses sous-jacentes ou les raisons ne sont pas toujours claires, en partie sans doute en raison du manque d'information du syndic. Les débiteurs ont l'obligation de lui venir en aide au meilleur de leurs connaissances. Mais la difficulté réside dans le fait que le syndic ou l'administrateur de la proposition, ou le syndic de la faillite, est le mandataire des créanciers lorsqu'il fait cette évaluation, vu les disparités dans l'information disponible et la difficulté pour les créanciers d'agir collectivement. Peut-être devrait-il exister une obligation plus forte de fournir des informations précises à un professionnel de l'insolvabilité pour lui permettre de

faire son évaluation plus correctement. Comme nous l'avons vu plus haut, à moins que les syndics de propositions n'aient davantage de pouvoirs, ou que les débiteurs n'aient de plus grandes obligations de divulgation, il est possible qu'il soit difficile pour les propositions d'être plus transparentes et de contenir plus de précisions sur le lien entre les causes et la stratégie retenue.

Pourtant une meilleure identification des causes de l'insolvabilité permettrait aux créanciers, aux registraires et aux tribunaux de mieux évaluer les propositions. Les créanciers pourraient s'engager davantage dans les stratégies de redressement s'ils avaient une meilleure idée des sources des difficultés financières, de sorte qu'ils pourraient récupérer davantage qu'une majoration marginale dans une proposition par rapport à une faillite.

Enfin, il est évident que certaines propositions sont en fait des propositions de liquidation. Les syndics sondés sont en désaccord sur l'extension de cette pratique, sans doute parce qu'elle est plus courante dans certaines régions (au Québec et en Ontario, par exemple) que dans d'autres²³⁷. Ici encore, il existe un besoin de transparence sur la question de savoir en quoi une proposition constitue un moyen plus juste et plus efficace qu'une faillite traditionnelle pour régler un problème d'insolvabilité. Bien que la question de l'intérêt des propositions de liquidation dépasse le cadre de cette étude, elle mérite d'être fouillée plus à fond.

Les modifications à la *LFI* qui facilitent la vente d'une entreprise insolvable à des personnes liées sont susceptibles de clarifier le lien entre la stratégie retenue et son rendement pour les créanciers. Si la vente ou la disposition proposée se fait à une personne avec laquelle le débiteur insolvable a un lien de dépendance, le tribunal n'autorisera la transaction que s'il est convaincu que des efforts ont été faits en toute bonne foi pour vendre ces biens à des personnes autres que des personnes liées au débiteur, et que la contrepartie à recevoir est supérieure à celle de toute autre offre faite en conformité avec le processus prévu à cet effet. Une personne liée comprend un administrateur, un dirigeant, ou toute personne qui a exercé directement ou indirectement un contrôle sur l'entreprise débitrice, de même que toute personne liée à ces personnes, pour répondre encore une fois à la question des conflits d'intérêt.

De façon générale, notre étude nous permet de conclure que la *LFI*, si codifiée soit-elle, permet au processus des propositions d'offrir un certain degré de certitude aux personnes qui s'en prévalent, en plus d'être pertinent dans le temps, et d'être moins coûteux pour les entreprises qui cherchent à se restructurer. La possibilité d'avoir accès à du financement provisoire en cas de proposition constitue un nouvel atout majeur, même si, à ce jour, on ne s'en est pas encore beaucoup prévalu. Le recours à ce genre de financement est susceptible d'augmenter beaucoup quand les dispositions en seront codifiées dans les modifications à la *LFI*, et il permettra sans doute aux prêteurs d'exiger que soit clairement établi le lien entre la cause de l'insolvabilité et le prêt de débiteur-exploitant demandé, vu les critères que doit appliquer le tribunal pour approuver la demande.

²³⁷ Dans une étude réalisée par Gosselin et Papillon, on utilisait le processus de proposition à des fins de liquidation dans la majorité des treize dossiers analysés, *supra*, note 12 à la p. 16.

En résumé, il faut établir un rapport plus étroit entre les termes d'une proposition et les causes des difficultés financières, et notamment les pratiques en matière de gouvernance, les réalités du marché, et les autres facteurs, à la fois pour favoriser une plus grande confiance des créanciers dans la stratégie proposée, et pour faire en sorte que la proposition réponde au plus grand nombre possible des causes de l'insolvabilité.

8. Sens des modifications proposées aux dispositions sur les propositions

Dans la Partie II plus haut, nous avons abordé le cadre législatif, et notamment certaines modifications projetées aux dispositions sur les propositions de la *LFI*. Vu notre analyse des points de rupture et des motifs de l'échec des propositions, il est important de faire un bref commentaire sur l'importance des effets que les modifications vont avoir sur le taux d'échec des propositions.

Les modifications projetées à la définition de débiteur pour les fins du recours à la Section II vont hausser de 75 000 à 250 000 \$ le montant des dettes qu'un particulier peut avoir pour être en mesure de se prévaloir de la Section II pour faire une proposition. Le plafond de 75 000 \$ était devenu trop bas, et forçait un trop grand nombre de travailleurs autonomes et de débiteurs à revenus plus élevés à se prévaloir de la Section I pour faire une proposition, une solution plus coûteuse et plus compliquée dont l'emploi avait pour effet de réduire les montants récupérés par les créanciers. De plus, l'échec d'une proposition de la Section I se traduit par la mise en faillite d'office, alors que ce n'est pas le cas pour l'échec d'une proposition de la Section II. L'élévation du plafond d'endettement vise à rendre le processus de la proposition de consommateur plus simple, moins coûteux et accessible à un plus grand nombre de gens, et devrait favoriser le recours aux propositions. Les particuliers, et notamment les entrepreneurs individuels non constitués en société et les associés d'une société de personnes, auront donc accès à des procédures moins élaborées et moins chères.

Les modifications projetées devraient également avoir un effet positif sur le taux d'échec des propositions. Comme nous l'avons vu plus haut, la deuxième plus importante cause d'échec des propositions est l'annulation réputée qui survient après un certain nombre de paiements.

En vertu des nouvelles dispositions, une nouvelle procédure permet de rétablir une proposition réputée annulée. Auparavant, il n'y avait aucun moyen de rétablir une proposition en défaut²³⁸. Les dispositions donnent à l'administrateur le pouvoir discrétionnaire de rectifier le défaut sur avis aux créanciers. Elles sont utiles dans les cas où le débiteur se trouve temporairement dans l'impossibilité de faire ses paiements pour, par exemple, des raisons de maladie ou de chômage temporaire, mais fait preuve par ailleurs de bonne foi à respecter les termes de la proposition. Les créanciers ont le choix de s'opposer au rétablissement de la proposition. Le droit des créanciers à recevoir le montant de leur réclamation moins tout dividende reçu est rétabli entre le jour où la proposition est réputée avoir été annulée et le jour où elle est rétablie, soit une période de 45 jours.

Dans le cas de l'annulation réputée d'une proposition de la Section II faite par une personne autre que le failli, et s'il l'estime indiqué dans les circonstances,

²³⁸ Certains registraires et tribunaux de l'Ontario ont utilisé des moyens très créatifs pour éviter de déclarer qu'une proposition était en défaut, mais la loi elle-même ne prévoyait aucun remède.

l'administrateur peut, sur avis au séquestre officiel et dans les trente jours suivant la date de l'annulation²³⁹ envoyer aux créanciers un avis les informant que la proposition sera rétablie d'office soixante jours²⁴⁰ après la date d'annulation à moins que l'un d'eux ne l'avise, de la manière prescrite, qu'il s'y oppose. Si aucun avis d'opposition n'est déposé dans le délai prescrit, la proposition est rétablie d'office à l'expiration de ce délai. Toutefois, si un avis d'opposition est déposé dans le délai prévu, l'administrateur envoie au séquestre officiel et à chaque créancier un avis les informant que la proposition ne sera pas rétablie d'office à l'expiration de ce délai. L'administrateur peut, en tout temps, demander au tribunal, sur préavis aux créanciers et au séquestre officiel, d'ordonner le rétablissement de toute proposition de la Section II présumée annulée d'un débiteur consommateur qui n'est pas en faillite; le cas échéant, le tribunal peut faire droit à la demande, s'il l'estime opportun dans les circonstances, aux conditions qu'il juge indiquées²⁴¹.

Les dispositions sur le rétablissement des propositions devraient permettre une amélioration sensible du taux actuel d'échec des propositions, car elles permettent à l'administrateur, et dans certains cas au tribunal, de remédier à des difficultés qui empêchent temporairement un débiteur de se conformer aux termes de la proposition.

9. Conclusion

En résumé, deux de nos trois hypothèses de travail ont été confirmées par les données. Il y a plusieurs causes possibles à l'échec d'une entreprise, dont certaines tiennent à l'expérience et aux compétences de ses dirigeants, et d'autres au contexte économique qui échappe complètement au contrôle des divers administrateurs et dirigeants. Pour ce qui est des causes qui ont rapport aux compétences des dirigeants, il existe certaines stratégies qu'on peut employer pour améliorer les pratiques de gouvernance, la gestion financière, et la planification stratégique des entreprises avant qu'elles n'éprouvent des difficultés financières.

Notre seconde hypothèse de travail était que la nature de l'endettement est peut-être en train de changer, de sorte que les entreprises sont confrontées à de plus grands défis qu'auparavant dans leurs relations de crédit. Cette hypothèse se trouve validée par l'augmentation de l'endettement par cartes de crédit, notamment chez les entrepreneurs individuels, et par un recours plus grand à l'endettement, notamment chez les entreprises constituées en société, ce qui élève à un nouveau sommet le risque encouru par les créanciers. Signalons également le découplage qui s'est produit entre le risque de crédit et la surveillance exercée par les créanciers principaux traditionnels du fait de l'existence des produits dérivés de crédit.

Notre troisième hypothèse de travail était que le taux d'échec des propositions rapporté ne reflétait sans doute pas entièrement l'efficacité des dispositions législatives sur les propositions, même en éliminant les avis d'intention de faire une proposition qui échouent rapidement parce qu'ils n'ont que pour but de permettre au débiteur de gagner un peu de temps et d'obtenir la suspension des procédures des créanciers le temps qu'ils fassent le tour de leurs possibilités. En fait, en se limitant aux données analysées, la plus grande proportion des échecs survient en

²³⁹ Le nouveau par. 66.31 (6), 30 jours ou tout autre nombre de jours prescrit.

²⁴⁰ Ou tout autre nombre de jours prescrit, après le jour où la proposition est réputée avoir été annulée.

²⁴¹ Conformément au nouveau par. 66.31 (9).

cours de proposition, à l'occasion d'un défaut, et non au moment du dépôt. Les recommandations qui précèdent, et qui cherchent à faire en sorte qu'un rapport soit établi entre les causes de l'insolvabilité et les termes de la proposition, visent essentiellement à susciter une réduction du taux d'échec à ces moments particuliers du processus.

Un autre thème abordé à plusieurs reprises dans notre étude est celui du rôle plus préventif et plus socialement engagé que devrait jouer le BSF, plutôt que de s'en tenir strictement à la dimension réglementation de son mandat, notamment en travaillant avec les institutions de prêt et les débiteurs à l'adoption de pratiques de gouvernance et de prêt plus responsables. Un régime de l'insolvabilité doit inspirer confiance au public pour être efficace. Pourtant, lorsque le mécanisme de redressement employé ne permet pas de répondre aux causes de l'insolvabilité, le public peut perdre confiance dans le processus, ce qui a des conséquences sur l'efficacité des propositions comme moyen de maintenir notre niveau d'activité économique.

Une politique de l'insolvabilité est d'autant meilleure qu'elle s'appuie sur une base empirique solide. S'agissant de l'insolvabilité commerciale, on continue de déplorer une absence de données qui pourraient éclairer la prise de décisions, et la présente étude offre quelques premiers jalons pour la constitution d'une base de données fiables. Lorsque les autres modifications du chapitre 36 des Lois du Canada entreront en vigueur, ces données pourraient constituer une mesure étalon à partir de laquelle il deviendrait possible de juger de l'efficacité des modifications projetées sur des aspects tels que le relèvement des exigences de divulgation. À cet égard, le BSF devrait collaborer avec les chercheurs universitaires et les professionnels de l'insolvabilité à l'identification des questions et des données à suivre. Les syndic utilisent tous les jours leur jugement professionnel lorsqu'ils conseillent les entreprises et les particuliers sur la façon dont ils peuvent régler leurs difficultés financières commerciales. Une meilleure compréhension des causes de l'insolvabilité commerciale et de certaines des différences pratiques entre l'insolvabilité chez les entreprises individuelles, les sociétés de personnes et les entreprises constituées en sociétés par actions de tailles diverses, pourrait permettre aux syndic qui pratiquent sur le terrain de mieux conseiller les débiteurs sur les moyens de régler leurs difficultés financières.

Comme nous l'avons souligné dans l'introduction, la création et l'exploitation d'une entreprise, qu'il s'agisse d'une entreprise individuelle, d'une société de personnes, ou d'une entreprise constituée en société par actions, constituent une tentative de saisir la chance au vol, en termes du déploiement des ressources nécessaires, des compétences en matière de gouvernance, de sens des affaires, de la formulation d'un bon plan d'affaires, de la capacité à lever les capitaux nécessaires, du choix du moment propice, et de la conjoncture économique générale. Cette étude nous a permis d'identifier les façons de mieux saisir cette chance, sur les plans de la gouvernance et du financement. Elle évoque le besoin de rehausser le niveau de divulgation aux créanciers et d'information aux débiteurs pour les alerter aux risques systémiques les plus importants, de façon à ce que des choix plus réalistes soient effectués dès les premières étapes du processus décisionnel, ce qui devrait entraîner une amélioration des solutions aux cas d'insolvabilité.