**UNE DÉCISION D'ORDRE FINANCIER:
LA RENONCIATION À DES BIENS DANS LES DOSSIERS D'INSOLVABILITÉ**
Chris Nyberg

Rapport de recherche préparé pour
l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation
dans le cadre de la Onzième Bourse annuelle de recherche Lloyd-Houlden

Août 2017

L'auteur est associé au bureau de Calgary de Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l. Les opinions exprimées dans le présent rapport de recherche sont les siennes et ne reflètent pas celles de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ni celles de Blake, Cassels & Graydon. Le rapport n'a pas pour but de donner des avis juridiques.

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	3
II.	HISTORIQUE	5
III.	QUI PEUT RENONCER À DES BIENS ET À QUEL MOMENT	11
A.	SYNDIC AUTORISÉ EN INSOLVABILITÉ	12
B.	SÉQUESTRE	13
C.	CONTRÔLEUR	16
IV.	MOTIFS DE RENONCIATION À DES BIENS	17
V.	BIENS AUXQUELS IL EST POSSIBLE DE RENONCER ET PROCÉDURES CONNEXES.....	23
A.	BIENS RÉELS	23
i)	ARTICLE 20 LFI	23
ii)	ARTICLE 14.06(4) LFI.....	25
iii)	COMMON LAW	29
B.	CONTRATS	34
i)	CONTRATS EXÉCUTOIRES	36
ii)	BAUX	43
C.	BIENS MEUBLES.....	45
D.	DROITS D’ACTION.....	46
VI.	CONCLUSION.....	47

L’auteur est associé au bureau de Calgary de Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l. Les opinions exprimées dans le présent rapport de recherche sont les siennes et ne reflètent pas celles de l’Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation ni celles de Blake, Cassels & Graydon. Le rapport n’a pas pour but de donner des avis juridiques.

I. INTRODUCTION

Au cours du siècle dernier, l'objectif premier du système canadien d'insolvabilité a progressivement évolué de la criminalisation de l'endettement au réaménagement ordonné de l'endettement d'un débiteur ou à la liquidation de ses biens au moyen d'une procédure collective d'insolvabilité¹. La stratégie sous-jacente à ce changement avait deux objectifs: i) maximiser les sommes disponibles pour distribution aux créanciers du débiteur; et ii) de permettre sa réhabilitation en favorisant un nouveau départ². La doctrine de la renonciation à des biens d'un débiteur tire son origine de la jurisprudence britannique, mais elle a été adoptée plus tard au Canada afin de faciliter une administration efficace des dossiers d'insolvabilité en évitant de consacrer inutilement de temps et argent à des biens sans valeur ou onéreux, ce qui résulterait en une diminution des sommes disponibles pour les créanciers³. Malgré la constante évolution de cette doctrine, la possibilité pour les fonctionnaires du tribunal de renoncer unilatéralement à un intérêt dans des biens constitue une exception au droit des contrats et de la propriété, ce qui suscite beaucoup de controverses lorsqu'il est exercé par des syndics autorisés en insolvabilité et des séquestres nommés par le tribunal⁴ ».

¹ Pour un examen approfondi de l'évolution du système canadien d'insolvabilité avant l'adoption de la *Loi de faillite* de 1919, 9-10 George V, ch. 36 (« *Loi de faillite* »), voir T. Telfer, *Ruin and Redemption: The Struggle for a Canadian Bankruptcy Law, 1867-1919*, University of Toronto Press, 2014 (« *Ruin and Redemption* »). Voir aussi D. Baird, « A World Without Bankruptcy », *Law and Contemporary Problems*, vol. 50, no 2, p. 173, aux p. 173 et 174. D'après l'auteur, la crainte que la pratique consistant à mettre à mort les faillis en Grande-Bretagne ne voie le jour aux États-Unis constituait la principale raison invoquée à la Convention constitutionnelle de 1787 contre l'adoption de lois sur la faillite par le Congrès américain.

² *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, par. 88 (« *Moloney* »): [traduction] « Le modèle de la procédure unique vise à assurer une distribution ordonnée des avoirs, à réduire les inefficacités et, à terme, à maximiser le recouvrement global pour les créanciers. » Seules les personnes physiques – et non les personnes morales – peuvent être libérées d'une faillite sans avoir à rembourser l'ensemble de leurs réclamations : art. 168.1 à 182 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, LRC 1985, ch. B-3 (« LFI ») et *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd*, 2017 ABCA 124, par. 44 (« *Orphan Well Association* »).

³ Voir « Abandonment of Assets by a Trustee in Bankruptcy », *Columbia Law Review*, vol. 53, n° 3, 1953, p. 415, aux p. 415 et 416 (« Abandonment of Assets »). Cet article, qui compte parmi les écrits les plus importants sur le droit de renoncer à des biens dans les dossiers d'insolvabilité, renvoie aux droits de renonciation prévus par le code américain (« *Bankruptcy Code* »), mais la finalité sous-jacente de ces droits est similaire d'un pays à l'autre. En outre, les commentaires se rapportent en grande partie à la renonciation à des « avoirs »; cette étiquette est associée intrinsèquement à la valeur. Les avoirs sont des biens ayant une valeur nette, tandis que le droit de renonciation cible avant tout des biens représentant un passif net. C'est pourquoi nous utilisons dans le présent rapport le terme neutre « biens » pour éviter ces associations le cas échéant.

⁴ Ce débat ne se limite pas au Canada. Voir J. Ellsworth, « On Disclaimers: Let's Renounce IRC Section 2518 », *Villanova Law Review*, vol. 38, n° 3, 1993, p. 693, à la p. 694. D'après l'auteur, [traduction] « le droit de renonciation repose sur deux concepts de base en droit de la propriété, soit i) une cession à titre gracieux n'est pas faite avant que le bénéficiaire l'ait acceptée et ii) personne ne peut être obligé d'accepter des biens contre son gré ». En outre, lorsque des biens immobiliers n'ont pas été cédés à une autre partie, la partie insolvable ne peut simplement renoncer à son intérêt enregistré dans ceux-ci à moins qu'ils échoient à l'État. Pour les besoins du présent rapport, l'expression « officier de la Cour » désigne principalement les syndics autorisés en insolvabilité sous le régime de la LFI et les séquestres nommés par le tribunal en application de son article 243. Toutefois, ce terme peut également renvoyer aux

Contrairement aux régimes d'insolvabilité du Royaume-Uni et des États-Unis, celui du Canada a fait peu de cas de ce concept⁵. Ce manque de considération a suscité une résistance unique en son genre à l'idée que les droits à la renonciation constituent un outil conçu expressément pour faciliter une administration efficace du dossier d'un débiteur insolvable en délaissant des biens qui réduiraient ou annuleraient la réalisation nette de l'actif⁶. En réalité, il s'agit d'un outil de gestion du passif.

Malgré la jurisprudence récente, il subsiste une dissension quant à savoir si le droit à la renonciation à des biens existe en common law et si la politique sous-jacente à cette renonciation est effectivement de maximiser la valeur de l'actif. Si cette dissension persiste, les parties pourraient continuer à défendre des positions susceptibles de faire porter aux fonctionnaires du tribunal la responsabilité découlant de la renonciation à des biens, de diminuer la valeur de réalisation disponible pour les créanciers si des biens onéreux sont conservés sans motifs valables dans l'actif et de réduire l'intérêt pour les prêteurs de requérir la nomination de tels fonctionnaires du tribunal⁷.

Le présent rapport de recherche vise à apporter une compréhension globale des droits à la renonciation dont disposent les fonctionnaires du tribunal engagés dans des procédures en vertu des lois canadiennes sur l'insolvabilité en répondant à cinq grandes questions – qui, quand, pourquoi, quoi et comment? Comme le démontrera ce rapport, le processus canadien d'insolvabilité a toujours reposé sur l'optimisation de la valeur de réalisation de l'actif d'un débiteur insolvable au bénéfice de ses créanciers. Bien que la jurisprudence en « common law » ait évolué au Canada, la codification de ces droits par le biais de modifications à la LFI pourrait servir de base à une interprétation uniforme et une application plus cohérente dans la jurisprudence canadienne⁸.

La suite de ce rapport est divisée en cinq parties. La partie II retrace l'histoire du droit à la renonciation dans le système canadien d'insolvabilité. La partie III examine le rôle des

contrôleurs nommés en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, LRC 1985, ch. C-36 (« LACC ») lorsque mentionné expressément.

⁵ Les États-Unis et le Royaume-Uni ont depuis longtemps accepté que la doctrine de la renonciation a pour objet de faciliter une administration économique des dossiers d'insolvabilité. Voir « Abandonment of Assets », *supra* note 3, et P. Omar, « Disclaiming Onerous Property in Insolvency: A Comparative Study », *International Insolvency Review*, vol. 19, n° 1, 2010, p. 41 (« Disclaiming Onerous Property in Insolvency »).

⁶ Voir *Vang Chanthavong v. Aurora Loan Services, Inc*, 448 BR 789 2011. D'après l'auteur, le terme anglais « abandonment » (« renonciation ») dans le domaine de l'insolvabilité est un terme juridique qui renvoie au désaisissement formel d'un bien faisant partie de l'actif d'un failli. Pour les besoins du présent rapport, il englobe le sens des termes anglais « disclaim », « renunciation » et « divestiture ». Toutefois, « disclaim » demeure le terme le plus fréquemment utilisé en anglais pour désigner la renonciation à un intérêt dans un contrat par un fonctionnaire du tribunal.

[NDT : Dans la version française, le terme « renonciation » renvoie généralement aux termes anglais « abandonment », « disclaim », « renunciation » et « divestiture ».]

⁷ Voir *Lamford Forest Products Ltd*, 1991 CarswellBC 443, par. 26, pour une corroboration à l'effet qu'il est peu probable qu'un séquestre accepterait une mission où il pourrait être tenu responsable de biens auxquels il n'aurait pas renoncé et qu'un créancier engagerait des frais pour la nomination d'un séquestre alors que l'administration de l'actif ne lui permettrait pas d'être remboursé. Par ailleurs, l'intérêt pour les prêteurs de demander la nomination d'un fonctionnaire du tribunal risque de diminuer lorsque les coûts et les risques associés à une telle nomination augmentent.

⁸ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 57.

fonctionnaires du tribunal et leur capacité de renoncer à l'intérêt d'un débiteur dans des biens. La partie IV analyse les raisons à l'origine de la renonciation à des biens. La partie V examine le processus et les options disponibles pour renoncer à divers types de biens. Enfin, la partie VI résume les conclusions du rapport et formule une recommandation pour clarifier l'état actuel du droit à la renonciation au Canada.

II. HISTORIQUE

Il est difficile de comprendre l'approche canadienne concernant les droits à la renonciation dans des biens sans en connaître les origines. Cette doctrine, qui portait principalement sur les contrats onéreux, a vu le jour dans la common law britannique⁹. La décision rendue en 1794 par Lord Mansfield dans *Bourdillon v. Dalton*, (1794) 1 Esp 233, serait l'une des premières décisions rapportées traitant du pouvoir de renonciation d'un syndic¹⁰. Comme le souligne Lee Silverstein dans *Rejection of Executory Contracts* :

[Traduction]

« [...] le pouvoir d'abandon était déjà bien connu à l'époque. Il découlait presque certainement du droit commercial, plus précisément du droit commercial international dont relevait la faillite. Du 14^e au 16^e siècle, lorsque les marchands de différents pays se rencontraient dans les foires et les marchés, ils géraient eux-mêmes ces faillites à la façon d'une cour de « Pied poudre ». Dans ce contexte, on peut présumer qu'une pratique a vu le jour pour permettre à un représentant des créanciers de renoncer à des biens sans valeur appartenant au failli de manière à accélérer la liquidation et la distribution de l'actif. Les tribunaux sont ensuite passés de la renonciation à un bien mobilier sans valeur à l'abandon d'un contrat onéreux ou d'un bail¹¹ ».

Au cours des 100 années suivantes, les droits à la renonciation prévus en common law britannique ont été raffinés, puis codifiés dans la *Bankruptcy Act 1869*. Comme il est mentionné dans « Disclaiming Onerous Property in Insolvency », l'article 23 de la *Bankruptcy Act 1869* autorisait « un syndic de faillite à renoncer à des biens onéreux en vertu d'une nouvelle disposition régissant la maîtrise des syndics sur les biens »¹². De façon générale, les biens auxquels renonçaient les syndics britanniques au cours de l'administration d'un dossier se divisaient en deux groupes : les baux visant des biens et les contrats onéreux¹³. Le dénominateur commun était que l'adhésion à ces ententes ou leur maintien réduisait ou annulait la valeur de l'actif en restreignant leur produit de distribution.

⁹ Voir D. Carlson, « Bankruptcy: Restrictions on Abandonment of Burdensome Property – *Midatlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection* », *Creighton Law Review*, vol. 198, n° 20, 1987, p. 165, à la p. 171. Selon cet article, avant la codification de 1978, la capacité d'un syndic aux États-Unis de renoncer à des biens était principalement établie par la common law et reposait sur la jurisprudence britannique. Voir aussi *American File Co v. Garrett*, 1884 110 US 288, cité dans cet article, à l'appui de la thèse selon laquelle [traduction] « le principe voulant que les cessionnaires ne sont pas tenus d'accepter des biens onéreux ou non rentables est reconnu depuis longtemps dans les lois sur la faillite ».

¹⁰ L. Silverstein, « Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy and Reorganization », *University of Chicago Law Review*, vol. 31, 1964, p. 467 (« Rejection of Executory Contracts »). Voir aussi M. Andrew, « Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding Rejection », *Columbia Law Review*, vol. 59, 1988, p. 845.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Disclaiming Onerous Property in Insolvency*, *supra* note 5, p. 42, citant *Enron Australia v. TXU Electricity*, 2003 NSWSC 1169, p. 62.

¹³ *Disclaiming Onerous Property in Insolvency*, *supra* note 5, p. 42.

Le cadre actuel d'insolvabilité au Royaume-Uni repose sur la *Insolvency Act 1986*, ch. 45, qui établit le régime législatif britannique applicable à la faillite et à l'insolvabilité des entreprises et prévoit les droits généraux à la renonciation à ses articles 178 et 315¹⁴. Il ressort clairement de la jurisprudence britannique qu'un liquidateur ou un syndic devrait évaluer les biens d'un débiteur et renoncer à ceux qui réduisent directement ou indirectement la valeur du produit à distribuer aux créanciers.

Au Canada, les fonctionnaires du tribunal et les créanciers n'ont pas toujours bénéficié de droits codifiés, ou encore clairement définis, à la renonciation. Avant l'adoption de la *Loi de faillite* de 1919, un débiteur insolvable avait peu d'options pour échapper à ses substantielles obligations financières dans le cadre d'un régime législatif privilégiant la collectivité et l'optimisation¹⁵. En l'absence d'un tel régime, le Canada s'est privé de décennies d'examen judiciaire sur le droit à la renonciation mais dont ont bénéficié ses voisins et qui a façonné leur compréhension de la doctrine de la renonciation. En outre, après la promulgation de la *Loi de faillite*, le droit des syndics canadiens à renoncer à des biens se limitait principalement aux contrats onéreux et aux baux¹⁶.

Le droit à la renonciation accordé initialement aux syndics au Canada était la capacité de renoncer à un intérêt dans un bail en vertu du paragraphe 52(5) de *Loi de faillite*¹⁷. Des syndics ont souvent invoqué cette disposition au début du 20^e siècle pour résilier des baux immobiliers non rentables¹⁸. Ces droits à la renonciation prévus par la loi avaient une portée limitée et visaient (presque exclusivement) des baux immobiliers.

En 1921, le Parlement a modifié la *Loi de faillite* pour élargir la portée du pouvoir des syndics de renoncer à des biens en créant l'article 20(1) k), qui se lisait comme suit :

[Traduction]

« Le syndic peut, avec la permission des inspecteurs :

décider de retenir, durant la totalité ou une partie de la période restant à courir, ou de céder ou résilier tout bail ou de céder tout autre intérêt provisoire dans tout bien faisant partie de l'actif du débiteur¹⁹. »

¹⁴ *Insolvency Act 1986* et *Insolvency Rules 2016*, n° 1024. Signalons que les pouvoirs conférés aux liquidateurs et aux syndics en vertu des articles 178 et 315 sont similaires, mais que la façon de les exercer diffère. En outre, certaines dispositions s'appliquent à des types de biens particuliers non visés par les dispositions générales.

¹⁵ *Ruin and Redemption*, *supra* note 1, p. 172.

¹⁶ Voir la *Loi de faillite* de 1919, *supra* note 1, par. 52(5) : [traduction] « Nonobstant toute disposition ou clause de tout bail ou entente, lorsqu'une ordonnance de séquestre a été rendue ou qu'une cession autorisée a été faite, le syndic peut, dans le mois suivant ladite ordonnance ou cession, en donnant un avis écrit signé au propriétaire, choisir de conserver les locaux occupés par le failli ou de le céder à la date de l'ordonnance ou de la cession pour la période restant sur tout bail en vertu duquel lesdits locaux étaient détenus ou pour la portion de la période de bail qu'il juge appropriée, selon les modalités du bail et sous réserve du versement du loyer connexe prévu par le bail ou l'entente, ou il peut résilier le bail ou l'entente. S'il omet de donner cet avis dans le délai prévu, le syndic sera réputé avoir résilié le bail ou l'entente. » Les critiques suscitées par ce paragraphe, à la fois sous sa forme originale et modifiée par la *Bankruptcy Amendment Act 1921*, 11-12 George V, ch. 17, ont probablement été à l'origine de l'adoption de la *Bankruptcy Amendment Act 1923*, 13-14 George V, ch. 31, qui a abrogé l'article 52 : *Plamondon*, 1959 CarswellQue 308 QCCS, par. 10.

¹⁷ *Loi de faillite*, *supra* note 1, par. 52(5).

¹⁸ Voir *Kerr v. Capital Grocery Ltd*, 1920 CarswellSask 2 SKKB, et *West End Co-operative Society*, 1921 CarswellOnt 8 ONSC.

¹⁹ *The Bankruptcy Act Amendment Act, 1921*.

Cette nouvelle disposition conférait un droit à la renonciation limité aux baux et aux intérêts provisoires dans des biens au lieu des ententes mentionnées dans le précédent article 52(5) (même si on peut soutenir que le législateur ne ciblait pas uniquement les baux immobiliers). En 1922, le juge Panneton de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite a conclu que certaines dispositions de cet article 52 outrepassaient les pouvoirs du gouvernement fédéral, ce qui a entraîné son abrogation et remplacement en 1923²⁰. Le législateur l'a remplacé pour le nouvel article 52 :

[Traduction]

« Lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue ou qu'une cession est faite contre ou par tout locataire en vertu de la présente loi, les mêmes conséquences s'ensuivent concernant les droits et priorités de son propriétaire que celles qui s'ensuivraient en vertu des lois de la province où sont situés les locaux loués si le locataire, au moment de l'ordonnance ou de la cession, avait été une personne habilitée à céder ses biens ou à y renoncer volontairement ou s'il les a cédés ou y a renoncé volontairement au bénéfice de ses créanciers sous le régime des lois de la province. Aucune disposition de la présente loi n'est réputée suspendre, limiter ni affaiblir le pouvoir de toute province d'édicter toute loi prévoyant ou réglementant les droits et priorités des propriétaires à la suite d'une renonciation ou d'une cession volontaire; aucune disposition de la présente loi non plus n'est réputée entraver l'application de cette loi provinciale ou entrer en conflit avec celle édictée jusque-là ou par la suite dans la mesure où elle prévoit ou réglemente les droits et priorités des propriétaires le cas échéant²¹. »

Cette disposition prévoyait que les droits des propriétaires étaient déterminés de concert avec la législation provinciale applicable. Elle a par ailleurs abrogé la reconnaissance du droit d'un syndic de renoncer à un intérêt dans un bail ou de résilier une entente en vertu de l'article 52(5). Ainsi, il ne restait aux syndics que les droits prévus à l'article 20(1) k).

Malgré la tourmente entourant le traitement accordé aux biens loués, la renonciation aux droits de propriété sur des biens réels faisait l'objet de peu d'attention. En 1931, dans *Jones v. McClean*, 1931 1 WWR 315 MBCA, le juge en chef Prendergast a rendu l'une des premières décisions rapportées au Canada concernant la capacité d'un syndic à renoncer à un intérêt dans des biens réels avec l'approbation des inspecteurs²². Dans ce dossier, MM. Jones et Bowman avaient conclu une entente portant sur l'achat d'un terrain de la National Trust Company (« NTC ») au bénéfice de M. Bowman. Le prix d'achat devait être acquitté par versements, M. Jones devant verser une mise de fonds initiale, tandis que M. Bowman devait acquitter le solde par paiements différés. Le

²⁰ *Stober* 1923 4 CBR 34, QCCS.

²¹ *Principal Plaza Leaseholds Ltd v. Principal Group Ltd (Trustee of)*, 1996 CarswellAlta 676 ABQB, par. 59 et 60. Voir aussi *An Act to Amend the Bankruptcy Act, 1923*, 13-14 George V, ch. 31.

²² *Jones v. McLean*, 1931 1 WWR 315 MBCA, par. 15 à 21 (« *Jones* »). En vertu de l'actuel article 116 de la LFI, lors de la première assemblée des créanciers ou à une assemblée subséquente, les créanciers doivent, par résolution, nommer au plus cinq inspecteurs pour surveiller l'actif du failli, ou convenir de ne pas en nommer. Si aucun inspecteur n'est nommé, le syndic peut, à défaut d'instructions des créanciers, accomplir toutes les choses ordinairement susceptibles d'être accomplies par un syndic avec la permission des inspecteurs en vertu des articles 30(3) et 155e) LFI.

7 novembre 1928, M. Bowman a fait cession de ses biens auprès de Traders Trust Company (« TTC ») sous le régime de la *Loi de faillite*. Le 25 mars 1929, TTC, en sa qualité de syndic de M. Bowman, a vendu et cédé à M. McClean tous les intérêts de M. Bowman dans le terrain.

M. Jones a par la suite présenté une demande d'injonction pour empêcher M. McClean de pénétrer sur le terrain acheté du syndic. Il a aussi demandé au tribunal de déclarer que M. McClean n'avait aucun intérêt dans le terrain en question. Par ailleurs, M. Jones a fait valoir que le syndic avait, préalablement à la vente et la cession des intérêts de M. Bowman dans ce terrain à M. McClean, renoncé à tous ses droits et intérêts en vertu du contrat de vente intervenu avec NTC.

Le juge en chambre a statué que le syndic avait renoncé à l'intérêt de M. Bowman dans l'entente et l'immeuble, mais la Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel de cette décision. Le juge en chef Prendergast a conclu qu'un syndic n'avait pas le pouvoir de vendre, d'abandonner ou de renoncer à l'intérêt d'un débiteur dans un bien sans la permission écrite des inspecteurs en vertu de l'article 43 de la *Loi sur la faillite* ou sur instructions des créanciers en vertu du paragraphe 88(4) LF. Or, le syndic n'avait obtenu ni l'un ni l'autre²³.

L'affaire *Jones* est souvent invoquée à l'appui de la thèse selon laquelle un syndic ne peut renoncer à un intérêt dans des biens, exception faite des baux. Toutefois, cette décision permet uniquement d'affirmer qu'un syndic ne peut renoncer à un intérêt dans des biens sans l'approbation des inspecteurs. En qualité de représentants des créanciers du failli, les inspecteurs devraient vraisemblablement accepter cette renonciation uniquement lorsque les biens en question réduisent le produit éventuel à distribuer ou compliquent l'administration d'un dossier. À l'époque, la loi ne prévoyait aucune disposition similaire à l'actuel article 155 LFI, qui aurait permis à un syndic de prendre toutes les mesures qu'il pourrait juger nécessaires pour favoriser une administration efficace d'un dossier en l'absence d'inspecteurs. C'est pourquoi les instructions des créanciers obtenues lors d'une assemblée tenue en vertu de l'article 88(4) LF étaient d'une importance décisive pour l'administration du dossier dans *Jones*.

Cette conclusion concorde également avec celle formulée par le registraire Holmsted dans *York Beverages*, 1922, 3 CBR 531 ONSC, confirmant que les droits fondamentaux à la renonciation étaient originalement limités par les mesures de protection prévues par la *Loi de faillite* dans le but d'empêcher qu'une éventuelle [traduction] « cession inadéquate de biens de débiteurs par les syndics » ait pour effet de soustraire de l'actif un actif de valeur²⁴. Ces droits à l'origine de la renonciation semblent plus restrictifs à première vue, mais ils étaient à l'époque similaires aux droits à la renonciation conférés en common law aux syndics sous le régime britannique²⁵.

La volonté des syndics de résilier des baux non rentables (et autres contrats onéreux) n'est plus à démontrer. Cependant, la motivation ou la volonté du Parlement d'élargir la portée des droits existants à la renonciation n'était pas évidente entre 1921 et 1949, année où l'article 8(11) de la

²³ Voir aussi *Elliott v. Canadian Credit Men's Trust Association*, 1933 CarswellMan 2 MBQB, par. 5 et 15.

²⁴ *York Beverages*, 1922, 3 CBR 531 ONSC, par. 4.

²⁵ *New Skeena Forest Products Inc v. Kitwanga Lumber Co*, 2005 BCCA 154, par. 23 (« *New Skeena CA* »). D'autres pays de common law ont prévu dans leurs lois le pouvoir de résilier des contrats, dont la loi britannique sur la faillite, la *Bankruptcy Act 1869* (32 et 33 Victoria), maintenant la *Insolvency Act 1986*, et en Australie la *Bankruptcy Act 1966*, (Cth) et aux États-Unis le *Bankruptcy Code*.

loi a finalement été adopté²⁶. Cet article 8(11) autorisait un syndic, avec la permission des inspecteurs (le cas échéant), à renoncer à la totalité ou à une partie de son droit, titre ou intérêt dans un bien réel ou un immeuble du failli au moyen d'un avis de renonciation²⁷. Cette modification permettait au syndic, en vertu de l'alinéa 10(1)a) de la loi, à « autrement disposer» des biens d'un failli moyennant contrepartie à être approuvée par les inspecteurs, plutôt que de simplement procéder par le biais d'une vente. Ces dispositions reconnaissent une exception aux règles traditionnelles interdisant à un individu de se départir unilatéralement d'un intérêt dans des biens réels (sauf en déshérence) et facilitaient l'exercice du droit à la renonciation à un bien immobilier tel qu'envisagé par le juge en chef Prendergast dans *Jones*²⁸.

Après les amendements de 1949, les dispositions de la *Loi sur la faillite* régissant la renonciation à des biens ont fait l'objet de peu de modifications importantes jusqu'en 1997, année où le législateur a reconnu le droit pour les fonctionnaires du tribunal de renoncer à des biens réels contaminés malgré les cadres réglementaires provinciaux en vigueur interdisant cette mesure²⁹. L'article 14.06(4) LFI reconnaît le pouvoir d'un syndic ou d'un séquestre de renoncer à des biens dans certaines situations particulières où celui-ci a déterminé qu'il n'était pas avantageux de se conformer aux conditions d'une ordonnance de réparation³⁰. Comme l'indique l'article 14.06(4)c)

²⁶ *An Act respecting Bankruptcy, 1949*, 13 George VI.

²⁷ Avant la modification du *Bankruptcy Code* en 1978, la loi ne conférait pas aux syndics américains le pouvoir de renoncer à des biens contraignants dans l'actif du débiteur. Ils devaient invoquer leurs droits en common law.

²⁸ Par exemple, voir la *Forfeited Corporate Property Act*, 2015, SO 2015, ch. 38, ann. 7, la *Escheat Act*, RSBC 1996, ch. 120, *The Escheats Act*, RSS 1978, ch. E-11, *The Escheats Act*, CCSM, ch. E140, *Loi sur les biens en déshérence*, LRC 1985, ch. E-13, et « Property that Vests in the Crown in Right of Alberta: A Discussion Paper » septembre 2005 – <http://www.assembly.ab.ca/lao/library/egovdocs/2005/ald/150842.pdf>.

²⁹ Voir le projet de loi C-5, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, 1997, ch. 12. L'article 14.06(4) LFI limite la responsabilité et offre un choix aux fonctionnaires du tribunal. Ils peuvent soit décontaminer les biens et les vendre (et prendre en charge les frais de réparation ou de la conformité en tant que frais d'administration), soit, si les frais de réparation ces biens sont exorbitants et rendraient infructueux l'administration du reste de l'actif, renoncer à leur intérêt dans ceux-ci. Voir aussi J. Marin et A. Ilchenko, « Amendments to the Bankruptcy and Insolvency Act – Bill C-5 Environmental Liabilities of Trustees and Receivers », *National Insolvency Review*, vol. 14, n° 2, 1997, p. 18, aux p. 25 et 26. Les auteurs soulignent que les fonctionnaires du tribunal devraient prendre en compte ce qui constitue des « des pratiques commerciales raisonnables » au moment de décider de remédier ou non au non-respect d'obligations environnementales au détriment des réclamations des créanciers ou de simplement renoncer ou non aux biens en question. Dans de nombreux cas, la décision variera selon que les biens visés présentent un risque potentiel pour le public ou qu'ils réduisent simplement la valeur de l'actif. Il est également important de signaler, à ce moment-ci, que l'article 14.06(4) LFI ne confère pas expressément le droit de renoncer à des biens; il présume que ce droit existe déjà et que les fonctionnaires du tribunal peuvent s'en prévaloir dans les situations appropriées. À titre d'exemple de la divergence dans les commentaires d'universitaires concernant l'interprétation de l'article 14.06(4) LFI et la question de savoir s'il confère ou non expressément un droit à la renonciation, voir D. Saxe, « Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update », 49 CBR (3^e) 138 (« Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update »).

³⁰ Voir *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 72. Le juge Slatter a déclaré que [traduction] « le moment de la renonciation par le syndic ne présente pas non plus une importance cruciale. “Dix jours après une ordonnance” ne signifie pas “entre le moment où une ordonnance est rendue et 10 jours plus tard”; “après” englobe “avant que l'ordonnance soit rendue”. ». Comme le montre l'article 14.06(4)c) LFI, le syndic peut renoncer à des avoirs avant

LFI, un syndic ou un séquestre peut abandonner tout droit ou tout intérêt sur l'immeuble ou le bien réel en cause, ou y renoncer ou s'en dessaisir avant qu'une ordonnance de réparation ne soit rendue ou après qu'elle ait été rendue, s'il s'attend à ce qu'un organisme de réglementation exige que le débiteur insolvable ou le fonctionnaire du tribunal remédie au non-respect d'obligations environnementales.

Dans *Trustees and Receivers Environmental Liability Update*, Dianne Saxe soutient que ces dispositions visaient à conférer aux fonctionnaires du tribunal le droit de renoncer à un intérêt dans des biens contaminés. En fait, elles faisaient partie d'un train de mesures législatives destinées à encourager l'acceptation de mandats visant des biens contaminés en donnant l'assurance aux fonctionnaires du tribunal qu'aucun organisme de réglementation ne les tiendra, dans un excès de zèle, personnellement responsables d'obligations environnementales dans un dossier d'insolvabilité :

[Traduction]

« La modification la plus importante est que les syndics (y compris les séquestres) ont acquis le droit, assorti de conditions, de renoncer à des biens contaminés. Après avoir renoncé aux biens, le syndic ne peut être tenu de se conformer à une ordonnance de réparation s'y rapportant [...]»³¹. »
[Nos soulignements.]

La disposition prévoyant un « droit de renonciation assorti de conditions » était, à l'époque, compatible avec l'interprétation du droit à la renonciation ainsi qu'à la politique sous-jacente à l'objectif de notification rapide et de résolution du problème visé par le Parlement³². L'article 14.06(5) LFI vient compléter l'article 14.06(4) LFI en autorisant les fonctionnaires du tribunal à demander la suspension d'une ordonnance de réparation afin de permettre l'évaluation des conséquences économiques du respect de l'ordonnance³³.

Les amendements de 1997 ont donné aux fonctionnaires du tribunal l'assurance nécessaire pour s'assurer de ne pas être tenus responsables des réclamations liées à l'environnement, mais elles ont également marqué un changement dans la jurisprudence³⁴. Les fonctionnaires du tribunal ne pouvaient plus être contraints d'assumer une responsabilité en lien avec l'administration de sites

qu'une ordonnance soit rendue ou après qu'elle l'eut été et il peut le faire s'il s'attend à ce qu'un organisme de réglementation impose des obligations environnementales visant l'actif d'un failli. »

³¹ *Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update*, supra note 29, p. 14.

³² *Orphan Well Association*, supra note 2, par. 72.

³³ La conséquence est que, dans l'éventualité où il ne serait pas avantageux d'administrer ces biens ou de se conformer à une ordonnance de réparation, un fonctionnaire du tribunal peut renoncer à tout intérêt dans l'actif onéreux.

³⁴ R.G. Marantz et R.H. Chartrand, « Bankruptcy and Insolvency Law Reform Continues: The 1996-1997 Amendments », *Business and Finance Law Review*, vol. 13, n° 107, 1997-1998 (WL) : [traduction] « Le projet de loi prévoit qu'un syndic ne peut être tenu personnellement responsable de faits ou dommages liés à l'environnement survenus après sa nomination à moins que ceux-ci ne découlent d'une "négligence grave" ou d'une "inconduite délibérée" de sa part. Cette disposition contraste avec les dispositions existantes de la LFI, en vertu desquelles un syndic peut être tenu personnellement responsable de faits ou de dommages liés à l'environnement survenus après sa nomination si ceux-ci sont attribuables au fait qu'il n'a pas agi avec toute la "diligence voulue". »

contaminés. En conséquence, la nature même de la renonciation a conduit vers un régime où la maximisation de la valeur est primordiale et est facilitée par la renonciation aux biens onéreux.

De concert avec la common law et l'article 11.8 de la LACC, qui font tous deux l'objet d'une analyse plus détaillée ci-après, ces dispositions législatives encadrent le droit à la renonciation au Canada³⁵. Il est clair que la codification de ces droits n'a pas atteint le même niveau au Canada qu'en Grande-Bretagne ou aux États-Unis. Le droit à la renonciation s'est donc principalement développé en common law. Outre la résiliation de baux, il subsiste une grande incertitude quant à savoir qui peut renoncer à des biens, notamment des biens mobiliers et réels ainsi qu'à des contrats exécutoires. En fait, ce n'est seulement qu'en 2017 que le juge Slatter a reconnu sans réserve, dans *Orphan Well Association*, que la renonciation à des biens onéreux (y compris des biens réels) était pratique courante chez les fonctionnaires du tribunal lors de l'administration du dossier d'un débiteur³⁶.

III. QUI PEUT RENONCER À DES BIENS ET À QUEL MOMENT?

Outre les droits accordés par la loi à un débiteur lui permettant de résilier certains contrats en cas de proposition en vertu de la LFI ou de procédure en vertu de la LACC, le droit de renoncer à des biens est réservé en common law aux fonctionnaires du tribunal³⁷. Les syndics autorisés en insolvabilité qui agissent comme fonctionnaires du tribunal sont très bien formés et possèdent des compétences en finance et en restructuration. En raison de leur expérience, les tribunaux canadiens accordent généralement beaucoup de poids aux décisions prises par ces fonctionnaires du tribunal lorsqu'elles sont raisonnables et prises de bonne foi³⁸. Il est toutefois important de distinguer entre

³⁵ Il y a eu beaucoup de confusion au Canada quant à savoir si le droit à la renonciation repose sur la loi ou la common law. Un examen des faits montre que ces deux allégations sont vraies. Toutefois, en premier lieu, le droit à la renonciation à des biens tire son origine de la common law (sauf pour l'article 30[1]k) : *KKBL No 297 Ventures Ltd v. IKON Office Solutions Inc*, 2003 BCSC 1598, par. 8 (« *Ikon* »).

³⁶ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 47. D'après le juge Slatter, le fait que les fonctionnaires du tribunal renoncent officiellement à des biens ou qu'ils n'en disposent tout simplement pas, les retournant donc à la personne insolvable, n'était pas pertinent. Il existe une certaine distinction entre la renonciation à un bien et le fait de ne pas le réaliser, ou de tout simplement en faire abstraction, à la fin de l'administration d'un dossier. Toutefois, cette différence est manifeste au départ s'il s'agit d'un bien onéreux susceptible de réduire la valeur de l'actif ou s'il le devient en cours d'administration. Cela dit, la renonciation à des biens immobiliers par des fonctionnaires du tribunal semble avoir été principalement affectée par cette méthode indirecte de faire avant les modifications de 1997 à la LFI.

³⁷ Voir l'article 32 LACC ainsi que les articles 65.2 et 65.11 LFI. Dans les deux cas, l'objet est le même, c'est-à-dire soustraire de l'actif des obligations onéreuses afin d'en maximiser la valeur pour les créanciers. Voir *Target Canada Co*, 2015 ONSC 1028 ONSCJ, par. 10, et *Aveos Fleet Performance Inc / Aveos Performance aéronautique inc.*, 2012 QCCS 6796, par. 39, pour connaître les facteurs permettant à un débiteur de résilier des contrats en vertu de l'article 32 de la LACC. Voir *Golden Opportunities Fund Inc v. Phenomenome Discoveries Inc*, 2016 SKQB 306, par. 19 à 21 (« *Phenomenome* ») pour un examen de l'article 65.11 de la LFI. Voir *Lindor Inc*, 2012 QCCS 4701, par. 32, pour une analyse des conditions d'application de l'article 65.2 de la LFI.

³⁸ *Ravelston Corp*, 2005 CarswellOnt 9058 ONCA, par. 40 (« *Ravelston* ») : [traduction] « Si la décision du séquestre se situe dans les limites générales du raisonnable et que celui-ci agit de façon équitable en prenant en compte les intérêts de tous les intervenants, le tribunal appuiera sa décision. ». Voir aussi *Hoque*, 1996 NSCA 30, par. 35 : [traduction] « Lorsqu'il s'agit de prendre des décisions d'affaires concernant la vente des biens d'un failli, le syndic, avec l'autorisation des inspecteurs, doit exercer un jugement fondé sur des pratiques commerciales raisonnables. Il

les différents types de fonctionnaires du tribunal et les sortes de biens lorsqu'il faut examiner les effets de la renonciation.

A. SYNDIC AUTORISÉ EN INSOLVABILITÉ

Un syndic autorisé en insolvabilité est appelé à jouer un rôle particulier vis-à-vis le tribunal, le débiteur et les parties ayant un intérêt dans l'actif³⁹. Dans les limites de la LFI, les syndics jouent un rôle quasi judiciaire et les tribunaux accordent depuis toujours beaucoup de poids à leurs décisions pour autant qu'ils aient agi de bonne foi et selon des pratiques commerciales raisonnables⁴⁰. Le pouvoir du syndic de renoncer à des biens onéreux est discrétionnaire dans la plupart des cas, mais la renonciation est autorisée uniquement si elle est faite de bonne foi et justifiée par des conditions commercialement acceptables (par exemple maximiser la valeur de l'actif d'un débiteur).

L'administration du dossier d'un débiteur par un syndic est la pierre angulaire du modèle de procédure collective et se fait au bénéfice de tous les intervenants⁴¹. Tous les biens de tous genres d'un failli sont dévolus au syndic, peu importe qu'ils aient de la valeur ou non au moment de la cession⁴². Les biens dévolus au syndic comprennent l'intérêt du débiteur dans tous les biens tangibles, immobiliers, meubles et contractuels ainsi que les droits de propriété intellectuelle de tous genres et le syndic ne peut, au moment de sa nomination, refuser de prendre en charge tout intérêt dans ces biens.

Lorsqu'un syndic souhaite renoncer à un intérêt dans des biens onéreux (biens générant des frais supérieurs à leur réalisation), il doit prendre certaines mesures en donnant un avis écrit de son intention (il doit notamment obtenir au besoin l'approbation des inspecteurs)⁴³. Un acte de

doit donner aux inspecteurs un avis équivalent à celui auquel on s'attendrait de la part d'un syndic raisonnablement compétent dans les circonstances. Tant le syndic que les inspecteurs ont le droit de s'en remettre à un avis juridique du conseiller juridique au dossier. Et, bien entendu, un syndic doit agir en toute honnêteté et avec intégrité. Enfin, les tribunaux devraient accorder du poids aux décisions d'affaires prises par ceux à qui les créanciers ont confié la défense de leurs intérêts et qui sont autorisés par la Loi à prendre ces décisions. »

³⁹ Il y a toujours une question importante à prendre en compte, à savoir quelles parties sont véritablement des intervenants (c'est-à-dire ceux qui ont un véritable intérêt dans l'administration du dossier), car on peut se demander si ceux qui ne sont pas susceptibles de bénéficier de la distribution des biens peuvent être considérés comme des intervenants : *Ravelston Corp*, 2007 ONCA 268, par. 17. Voir aussi *Ravelston*, *supra* note 38, par. 33: [traduction] « Le séquestre n'est pas tenu de protéger les intérêts des intervenants n'ayant aucun lien avec l'administration de l'actif d'un débiteur, comme l'intérêt d'un intervenant qui souhaite éviter un préjudice allégué dans une poursuite criminelle. Son rôle consiste à prendre des décisions d'affaires dans le meilleur intérêt de l'actif après avoir effectué une analyse coûts-bénéfices rigoureuse et soupesé les intérêts opposés. »

⁴⁰ J. Auger et A. Bohémier, « Le statut du syndic », *Revue juridique Thémis*, vol. 37, n° 59, 2003, p. 77 (WL) – https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/26036_05_auger_bohemier.pdf.

⁴¹ *Ibid*, p. 63.

⁴² LFI, *supra* note 2, art. 71.

⁴³ Une renonciation de vive voix n'est pas suffisante. Voir *Fehr Estate (Trustee of) v. Fehr*, 2008 NWTSC 70, par. 46. Le tribunal a conclu qu'il n'y avait pas eu renonciation, car aucun avis de renonciation n'avait été signé. Aucun formulaire n'est prescrit à cette fin. Une lettre du syndic suffit pour renoncer à son intérêt.

renonciation fait en sorte que l'intérêt du syndic dans les biens visés est de nouveau dévolu au failli et ce transfert ne peut être retiré que dans certaines situations (par exemple en cas de fraude)⁴⁴.

Un syndic peut renoncer de façon proactive à un intérêt dans des biens onéreux, mais il peut aussi choisir de conserver des biens sans valeur si le coût associé à leur administration est minime ou s'il estime que leur valeur pourrait augmenter au cours de la procédure⁴⁵. Si les biens en question ne sont pas réalisés pour le bénéfice des créanciers sous leur forme actuelle, le syndic peut simplement les retourner au failli avant sa demande de libération⁴⁶. Il peut être préférable pour le syndic de ne pas renoncer à des biens sans valeur lorsqu'elle est susceptible d'augmenter ultérieurement, car il pourrait s'exposer à une contestation par un créancier lésé du fait que le syndic aurait plutôt pu les céder aux créanciers.

B. SÉQUESTRE

Le séquestre est généralement un intervenant qui a pris possession de la totalité ou de la presque totalité des biens d'un débiteur au bénéfice des parties ayant un intérêt dans ceux-ci⁴⁷. Alors que les syndics sont assujettis aux normes de fonctionnement énoncées dans la LFI, le pouvoir des séquestres nommés par le tribunal leur sont conférés en vertu de l'ordonnance judiciaire les nommant et de la common law. Par conséquent, la mise sous séquestre constitue intrinsèquement un recours plus souple que la faillite et elle met à la disposition des créanciers et des fonctionnaires du tribunal une trousse d'outils beaucoup plus vaste pour gérer la possession, la responsabilité et la liquidation des actifs d'un débiteur. Contrairement à ce qui se passe dans le cas des syndics, la possession et la responsabilité des biens (par exemple les biens offerts en garantie) par les séquestres sont effectuées par trois moyens : i) la législation⁴⁸, ii) la mise sous séquestre et iii) la common law.

⁴⁴ Voir *Firestone*, 2003 ABQB 417, par. 16 et 19 (« *Firestone* »).

⁴⁵ Voir *Lepage*, 2016 ONCA 403, par. 25 (« *Lepage CA* »). Le tribunal a jugé que même si un syndic peut décider de conserver des biens immobiliers dans l'espoir que leur valeur marchande augmente, il doit trouver un moyen pratique de prendre en charge les coûts récurrents (par exemple les intérêts, les assurances, les taxes et l'entretien). Le tribunal a également signalé que cela serait impossible dans de nombreux cas, voire la plupart, et qu'il serait alors préférable que le syndic dispose de ces biens rapidement ou qu'il renonce à tout intérêt dans ceux-ci. Voir aussi *Rassell*, 1999 ABCA 232, par. 15 (« *Rassell* ») : [traduction] « Il est souvent dangereux de vendre des biens pour un montant inférieur à leur juste valeur marchande. Toutefois, des situations particulières dictent souvent cette façon de faire, par exemple un très petit marché, un avoir inhabituel ou les responsabilités ou coûts considérables associés au maintien de sa possession. »

⁴⁶ *Orphan Well Association*, supra note 2, par. 47, et article 40 LFI, supra note 2.

⁴⁷ Voir la définition de « séquestre » dans le *Guide des inspecteurs – À l'intention des inspecteurs nommés en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité* – <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01479.html> – et l'article 243 de la LFI.

⁴⁸ Les séquestres peuvent être nommés en vertu de diverses lois provinciales et fédérales. Lorsqu'un séquestre prend la possession de la totalité ou de la presque totalité des biens d'un débiteur, il peut être réputé être un séquestre en vertu de l'article 243 de la LFI. L'article 247 de la LFI exige que le séquestre nommé en vertu de la LFI gère les biens de la personne insolvable ou du failli en toute honnêteté et de bonne foi, et selon des pratiques commerciales raisonnables. Gérer des biens « selon des pratiques commerciales raisonnables », c'est simple et cela oblige le séquestre à obtenir un juste prix pour les actifs du débiteur. Voir aussi *Bayhold Financial Corp v. Clarkson Co* 1991, 10 CBR (3^e) 159 NSCA, par. 15, *Textron Financial Canada Ltd v. Beta Ltée / Beta Brands Ltd* 2007, 36 CBR (5^e) 296 ONSCJ, par. 21, et *Royal Bank v. Penex Metropolis Ltd*, 2009 CarswellOnt 5202 ONSCJ, par. 26.

Avant 2004, il n'existait aucun modèle d'ordonnance normalisée établissant un ensemble de droits et de responsabilités normalisés pour les séquestres et les autres intervenants dans une mise sous séquestre⁴⁹. Cependant, la qualité et la teneur des ordonnances de séquestre suscitaient de grandes préoccupations au sein du milieu judiciaire. Ces ordonnances étaient devenues de plus en plus longues et complexes en raison de précédents reconnus. Cette pratique a eu comme fâcheuse conséquence que l'ampleur des pouvoirs conférés aux séquestres variait d'une province à l'autre et selon les précédents choisis.

En mai 2002, la division ontarienne de l'Association du Barreau canadien a reconnu ce nouvel enjeu et a amorcé un processus pour élaborer un modèle d'ordonnance de séquestre normalisé.

En juin 2002, en rendant sa décision dans *Big Sky Living Inc*, 2002 ABQB 659, le juge Slatter, à l'époque à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, a relevé un problème similaire observé en Alberta⁵⁰. Dans ce dossier, le requérant demandait la nomination d'un séquestre intérimaire et une ordonnance limitant sa responsabilité et lui conférant des droits futurs d'une grande portée, lésant ainsi des tiers qui n'avaient pas reçu notification de la requête. Le juge Slatter a pris en compte la portée de l'ordonnance et les observations selon lesquelles des ordonnances similaires avaient été rendues en Ontario. Il a accueilli la requête, mais a refusé de rendre l'ordonnance demandée :

[Traduction]

« [...] l'ordonnance présentée pour signature a une portée trop large et une nature trop déclaratoire et législative. Elle porterait atteinte de façon générale aux droits de vastes catégories indéterminées de parties qui n'ont pas reçu notification de cette requête⁵¹. »

Puisque la première démarche d'instauration d'un modèle d'ordonnance normalisé en 2003 avait échoué, le Comité des utilisateurs du rôle commercial de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a amorcé un nouveau processus afin de créer un tel modèle d'ordonnance de séquestre normalisé. Un modèle d'ordonnance normalisé fût finalement instauré à la fin de 2004⁵². La Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, la Nouvelle-Écosse et le Québec ont fait de même et ont peu après adopté leurs propres modèles d'ordonnance de séquestre (collectivement appelés les « modèles d'ordonnance »)⁵³. Ces modèles ont été révisés dans certains cas, mais ils ont établi une assise relativement uniforme pour circonvenir le pouvoir conféré à un séquestre de renoncer à un intérêt dans des biens⁵⁴.

⁴⁹ « The New Standard Form Template Receivership Order », notes explicatives pour la version n° 1, 14 septembre 2014, p. 1 – http://www.ajohnpage.com/PDF/Companion_Piece.PDF (« Ontario Explanatory Notes »).

⁵⁰ (*Big Sky*).

⁵¹ *Ibid.*, par. 57.

⁵² *Ontario Explanatory Notes*, supra note 49, p. 1.

⁵³ Voir les modèles d'ordonnance sur les sites Web des tribunaux des différentes provinces. Terre-Neuve-et-Labrador et le Nouveau-Brunswick semblent n'avoir adopté expressément aucun modèle d'ordonnance, mais les tribunaux ont récemment rendu des ordonnances similaires. Voir l'ordonnance de séquestre rendue le 29 juin 2016 dans *Business Development Bank of Canada v. Wabush Hotel Limited*, dossier de la cour n° 2016 01TG 2428, et celle rendue le 31 mars 2010 dans *GE Canada Equipment Financing GP v. Action Plywood Inc*, dossier de la cour n° N/M/25/10.

⁵⁴ *Ontario Explanatory Notes*, supra note 49, p. 2 : [traduction] « La profession semble avoir surmonté la difficulté de comprendre l'intégration des diverses formes d'allégement offertes pour aider à régler les problèmes causés par les

Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'un syndic, la propriété des biens n'est pas dévolue au séquestre au moment de sa nomination. Il existe trois principales possibilités permettant de réduire le risque attribuable à des biens onéreux lors d'une mise sous séquestre : i) définir la notion de « biens » dans l'ordonnance proposée de manière à en exclure certains biens; ii) choix par le séquestre de prendre uniquement possession ou la responsabilité de certains biens au moment de sa nomination; et iii) renonciation à un intérêt après la prise de possession.

La première possibilité, qui constitue une forme de renonciation indirecte, est couramment utilisée par des créanciers garantis en Alberta afin d'éviter d'assumer le coût de l'administration de puits de pétrole et de gaz qui ont été abandonnés ou dont l'exploration ou l'exploitation a été suspendue et qui peuvent être ou devenir des biens onéreux en raison des obligations environnementales connexes⁵⁵. Traditionnellement, les tribunaux albertains ont été enclins à accorder ce type de nominations limitées, si bien que les organismes de réglementation ou les autres créanciers pouvaient faire valoir leurs droits sur les biens ainsi exclus.

La deuxième possibilité a récemment fait l'objet de nombreux débats dans le milieu de l'insolvabilité et a été un sujet de discordance dans *Redwater* et *Orphan Well Association*. Nous l'analysons plus en détail ci-après⁵⁶. Les modèles d'ordonnance autorisent un séquestre nommé par le tribunal, sans toutefois l'obliger, à prendre possession et la responsabilité des biens ainsi que de tous les produits, recettes et débours s'y rapportant⁵⁷. En outre, ces modèles d'ordonnances autorisent un séquestre à [traduction] « mettre fin à tout contrat du débiteur⁵⁸ ». Il était pratique courante pour un séquestre d'invoquer ces dispositions pour choisir quels biens d'un débiteur il allait prendre possession ou la responsabilité, et tenter de les liquider, et lesquels il allait laisser dans l'actif pour que d'autres intervenants puissent faire valoir leurs droits sur ceux-ci⁵⁹.

Finalement, les paragraphes 14.06(4)a) et c) LFI reconnaissent qu'un séquestre est en droit de renoncer en tout temps à tout intérêt dans des biens réels, même s'il en a pris possession ou la responsabilité. Lorsqu'un syndic renonce à un intérêt dans un bien, celui-ci est retourné au débiteur. Pour sa part, le séquestre a uniquement la possession et la responsabilité des biens pour et à l'acquis du débiteur. Il n'a aucun intérêt dans ces biens et n'en est pas propriétaire. La « renonciation » à des biens par un séquestre se rapproche donc davantage de la renonciation à la

débiteurs insolvable. En effet, l'état des connaissances a tellement évolué qu'un consensus s'est dégagé parmi de nombreux professionnels de l'insolvabilité, voire la plupart d'entre eux, du moins en ce qui concerne certains principes fondamentaux. »

⁵⁵ Par exemple, voir les ordonnances de séquestre dans *Alberta Treasury Branches v. Edge Resources Inc*, dossier de la cour n° 1601-11381 ABQB, et *Alberta Treasury Branches v. Northpine Energy Ltd*, dossier de la cour n° 1601-11380 ABQB (« *Northpine* »).

⁵⁶ *Redwater Energy Corporation*, 2016 ABQB 278 (« *Redwater* »).

⁵⁷ Paragraphe 3a) des modèles d'ordonnance (Alberta).

⁵⁸ Paragraphe 3c) des modèles d'ordonnance (Alberta).

⁵⁹ Ceci présume que les biens auraient une valeur suffisante pour justifier que les créanciers fassent valoir leurs droits. Autrement, un organisme de réglementation ferait généralement appliquer la loi uniquement s'il avait l'intention de remédier au non-respect d'obligations environnementales du débiteur au moyen de ses processus internes ou qu'il cherchait à faire reconnaître une réclamation contre des biens réels ou immeubles contigus en vertu de l'article 14.06(7) LFI.

possession et à la responsabilité dans la mesure où il en a pris possession et la responsabilité, plutôt qu'à une renonciation directe à un intérêt dans les biens en question⁶⁰. L'article 14.06 a pour effet de dissocier la responsabilité à l'égard des biens auxquels le syndic a renoncé, car un organisme de réglementation ne peut obliger un fonctionnaire du tribunal à utiliser les biens résiduels d'un actif pour se conformer à une ordonnance visant les biens auxquels il a renoncé⁶¹. Lorsqu'un séquestre a déterminé que des biens étaient sans valeur et qu'il renonce à son intérêt dans ceux-ci, c'est alors que les organismes de réglementation peuvent prendre des mesures afin de remédier au non-respect des obligations ou saisir les biens⁶².

En raison de la position adoptée par l'Alberta Energy Regulator (« AER ») dans *Redwater*, les créanciers garantis et les séquestres réclamaient des modifications aux modèles d'ordonnance pour exclure expressément des biens dans les provinces où des différends avec les organismes de réglementation étaient à prévoir ou faire reconnaître qu'ils étaient autorisés à prendre uniquement possession des biens de valeur⁶³. C'était avant que la Cour d'appel de l'Alberta rende sa décision dans *Orphan Well Association*. Après la publication de cette décision confirmant les droits de renonciation conférés au séquestre, la pratique est revenue au libellé initial du paragraphe 3a) des modèles d'ordonnance de l'Alberta. Il est important de mentionner que si un séquestre ayant renoncé à divers biens onéreux ou refusé d'en prendre possession est ultérieurement nommé comme syndic, il doit aussi prendre des mesures afin de renoncer aux biens onéreux en question pour s'assurer qu'ils demeurent exclus de l'actif du failli⁶⁴.

C. CONTRÔLEUR

Un contrôleur nommé par le tribunal exerce en toute indépendance une surveillance des activités d'une société débitrice ayant déposé une procédure sous le régime de la LACC⁶⁵. Entre autres choses, son rôle consiste à s'assurer que la société débitrice ne s'engage dans aucune activité pouvant porter atteinte aux intérêts des intervenants et à l'aider le à se conformer aux conditions de l'ordonnance initiale rendue sous le régime de la LACC.

⁶⁰ Les biens demeurent au nom du débiteur, mais ils ne font pas partie de « l'actif sous séquestre », c'est-à-dire les biens sous la responsabilité du séquestre. Il s'agit d'une nuance d'ordre juridique, mais les conséquences sont bien réelles pour les parties ayant des réclamations contre les biens de l'actif auxquels on a renoncé.

⁶¹ LFI, *supra* note 2, par. 14.06(6). Signalons que cette disposition s'applique uniquement aux ordonnances qui constituent des « réclamations prouvables » et que les modèles d'ordonnance prévoient des exceptions pour les ordonnances de nature purement réglementaire.

⁶² On peut soutenir que la renonciation écrite par un séquestre a pour effet d'exclure les biens visés de la protection accordée par la suspension des procédures, permettant ainsi aux intervenants de faire valoir leurs droits.

⁶³ Voir K. Bourassa, R. Zahara et C. Nyberg, « Canadian Regulator Adds More Uncertainty to the Oil & Gas Market », *Journal of Corporate Renewal*, vol. 29, n° 7, septembre 2016, p. 10, aux p. 10-14 (« Canadian Regulator Adds More Uncertainty ») pour consulter des exemples de modifications souvent apportées au paragraphe 3a) du modèle d'ordonnance de l'Alberta. En outre, dans *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 46, le juge Slatter a déclaré que [traduction] « le séquestre ou le syndic doit d'abord avoir le contrôle sur des biens pour pouvoir y renoncer. Si l'ordonnance de séquestre ne lui a pas confié la responsabilité des actifs onéreux, il n'aura rien à quoi renoncer ».

⁶⁴ En vertu de l'article 71 LFI, ces biens seront de nouveau dévolus au syndic de même que tout autre bien en la possession du séquestre au moment de la requête nécessitant ainsi une nouvelle renonciation. La renonciation par un séquestre ne dépouille pas le débiteur de son titre de propriété.

⁶⁵ *Lutheran Church Canada*, 2016 ABQB 419, par. 48.

La responsabilité première d'un contrôleur en est une de supervision. Toutefois, en raison du recours accru aux procédures prévues par la LACC pour liquider les actifs d'une personne insolvable, plusieurs contrôleurs ont obtenu le statut de « super-contrôleurs »⁶⁶. C'est pourquoi on s'interroge quant à savoir si un super-contrôleur pourrait administrer le bien d'autrui et s'il aurait, en common law, le droit de renoncer à des biens onéreux en pareil cas. L'article 11.8 LACC fait écho à l'article 14.06(4) de la LFI et reconnaît qu'un contrôleur est en droit de renoncer à des biens dans les circonstances qui y sont prévues. Cette disposition renforce l'idée selon laquelle un contrôleur peut renoncer à des biens lorsqu'il a des fonctions similaires à celles d'un syndic, ou d'un séquestre en vertu de la LAAC, et qu'il n'y a aucune entité de constituée à l'issue des procédures afin de poursuivre les activités dans le cours normal des affaires⁶⁷. Comme il s'avère que l'article 14.06(4) LFI ne confère expressément aucun droit de renoncer à des biens, on peut raisonnablement conclure qu'un contrôleur doit également avoir le droit, en common law, d'y renoncer au terme de l'administration d'une procédure en vertu de la LACC et qu'il devient nécessaire de le faire⁶⁸. Il semble toutefois n'y avoir aucune décision de rapportée sur l'application de l'article 11.8 LACC, ni aucune jurisprudence reconnaissant ce type de droit en common law.

En outre, il est improbable que l'on se préoccupe de cet article dans un proche avenir, car la pratique dans une procédure en vertu de la LACC consiste de façon générale à vendre les biens ayant de la valeur et à se désintéresser des biens onéreux ou sans valeur du débiteur qui est alors généralement mis en faillite au moment jugé approprié. En bout de ligne, il incomberait alors au syndic, et non au contrôleur, de renoncer à ces biens ou de les retourner au débiteur après la libération du syndic.

IV. MOTIFS DE RENONCIATION À DES BIENS

La renonciation à des biens dans les dossiers d'insolvabilité constitue intrinsèquement une décision d'ordre financier. Selon ce concept, les fonctionnaires du tribunal sont censés déterminer quels biens entraînent ou entraîneront une perte nette pour l'actif et prendre des mesures pour y renoncer ou refuser d'en prendre possession afin d'atteindre les objectifs de la LFI.

Dans *Principles of Corporate Insolvency Law*, le professeur Roy Goode, explique le raisonnement qui sous-tend la renonciation à des biens par un fonctionnaire du tribunal :

⁶⁶ Pour consulter une analyse du rôle croissant des liquidations dans les procédures en vertu de la LACC, voir R. Wood, « Rescue and Liquidation in Restructuring Law », *Canadian Business Law Journal*, vol. 53, 2013, p. 407 [WL].

⁶⁷ J. Oliver et T. Cumming, « Redwater Energy Corporation and the Evolution of Section 14.06: Balancing Insolvency and Regulatory Laws in the Oil Patch », *Annual Review of Insolvency Law*, 2016, 11 [WL]. Contrairement à l'ordonnance (visant l'abandon du site de Silica Fumes) rendue le 13 septembre 2013 par la juge Mesbur dans la procédure sous le régime de la LACC visant Timminco Limitée et Bécancour Silicon Inc., dossier de la cour n° CV-12-9539-00CL. L'ordonnance a autorisé le débiteur et le contrôleur à renoncer, en vertu des articles 934 et suivants du *Code civil du Québec* (CCQ-1991), à leur intérêt dans une mine de silice au moment qu'ils le jugeront approprié, car le bien était sans valeur pour l'entreprise. Toutefois, selon requête, les requérants ont tenté d'invoquer l'article 36 de la LACC.

⁶⁸ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 47.

[Traduction]

« Les dispositions sur la renonciation visent deux objectifs : le premier, de permettre au liquidateur (que la liquidation soit solvable ou non) de mener à bien l'administration de la liquidation sans être entravé par des obligations courantes de l'entreprise au gré de contrats non rentables ou par le maintien de la propriété et de la possession d'actifs sans valeur pour l'actif; et, le second, dans le cas d'une liquidation insolvable, de lui permettre de ne pas assumer de responsabilités financières pour des biens onéreux qui seraient payables en tant que dépenses dans la liquidation au détriment des créanciers non garantis⁶⁹. » [Nos soulignements.]

En outre, dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* qu'elle a publié en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) s'est penchée sur l'objectif visé par la renonciation à des biens dans les divers régimes d'insolvabilité de ses membres :

« Il peut être conforme à l'objectif de maximisation de la valeur et de la réduction des coûts d'une procédure d'insolvabilité d'en autoriser le responsable à renoncer à ses droits sur certains actifs, y compris des terrains, du capital-actions, de biens grevés de sûretés réelles valides, de contrats, etc., lorsque celui-ci estime que la renonciation est dans l'intérêt de la masse [...]. La renonciation peut se justifier notamment dans les situations suivantes : lorsque les actifs n'ont pas de valeur ou ont une valeur négligeable pour la masse (par exemple la valeur de la sûreté est supérieure à celle de l'actif grevé); lorsque leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation onéreuse ou une obligation de paiement; ou lorsque les avoirs sont invendables ou difficilement vendables par le responsable de la procédure d'insolvabilité du fait, par exemple, qu'ils sont uniques, qu'il n'existe pas de débouchés ou de valeur marchande évidents⁷⁰. » [Nos soulignements.]

Conformément aux affirmations précitées, le système canadien d'insolvabilité a été conçu de manière à faciliter la maximisation de la valeur en favorisant une administration et une liquidation efficaces des actifs des débiteurs. Le modèle de procédure collective a été élaboré pour aider à atteindre ce but. Il est supervisé par un fonctionnaire du tribunal, qui a l'obligation d'agir de bonne foi et dans l'intérêt de tous les intervenants⁷¹. Ce modèle évite l'inefficacité et la pagaille susceptibles de se produire si chaque créancier devait recouvrer lui-même les sommes qui lui sont dues. Il place tous les créanciers sur un pied d'égalité et favorise l'atteinte de l'objectif collectif de maximisation de la réalisation au bénéfice de tous les créanciers⁷².

Dans le modèle de procédure collective, les fonctionnaires du tribunal jouent un rôle unique en son genre. Ces spécialistes en liquidation sont nommés expressément pour prendre les mesures

⁶⁹ R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, p. 200.

⁷⁰ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, 2004, p. 120 – http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723_Ebook.pdf (« *Guide de la CNUDCI* »).

⁷¹ Moloney, *supra* note 2, par. 87 et 88.

⁷² Moloney, *supra* note 2, par. 33.

appropriées destinées à limiter la détérioration des garanties⁷³. En effet, ils sont nommés pour s'assurer de la sauvegarde de la valeur des biens, chargés d'en maximiser la valeur de distribution dont, entre autres, en réduisant le passif du débiteur. Si l'on garde cette finalité à l'esprit, il devient clair que l'exercice des droits à la renonciation par un fonctionnaire du tribunal constitue fondamentalement une décision d'ordre financier visant à retirer de l'actif des biens qui en réduiraient autrement la valeur de distribution pour les créanciers⁷⁴. La capacité de renoncer à des biens a pour but d'accélérer l'administration de la procédure et de générer un bénéfice à la fois pour l'actif et pour tout intervenant ayant un intérêt dans celui-ci⁷⁵.

À l'heure actuelle, un syndic ou un séquestre peut décider de subir une légère perte pour en éviter une plus lourde. Si ce n'était pas le cas, les créanciers demanderaient que l'on nomme un fonctionnaire du tribunal uniquement lorsque la valeur de l'actif est manifestement supérieure au coût d'administration de la procédure. En l'absence d'un pouvoir de renonciation, rien n'inciterait un créancier à demander la nomination d'un fonctionnaire du tribunal et il pourrait plutôt provisionner ses pertes ou attendre qu'un créancier qui lui est subordonné veuille bien financer la procédure (aussi improbable que cela puisse être)⁷⁶.

En outre, sans créancier pour financer l'administration d'un dossier, dans bien des cas le débiteur fautif continuerait probablement à gérer ses biens d'une manière potentiellement négligente ou, s'il a disparu, il est possible que personne n'ait le contrôle sur ces biens. Cette situation peut facilement entraîner un risque pour le public, ce qui a expressément été pris en compte par le législateur préalablement à l'application de l'article 14.06(4) LFI⁷⁷.

⁷³ *Rassell, supra* note 45, par. 13 : [traduction] « Un syndic de faillite a l'obligation de maximiser la valeur de réalisation de tous les actifs qui lui sont dévolus en vertu de la loi, sous réserve des considérations pratiques et pourvu qu'il gère les biens en toute honnêteté. »

⁷⁴ Voir *Celtic Extraction Ltd (In Liquidation)*, 2001 ch. 475 CA, par. 42 (« *Celtic Extraction* ») : [traduction] « Les motifs soulevés pour être en désaccord avec le juge commencent par la prise en compte de l'exigence généralement répandue et souvent répétée selon laquelle les avoirs des débiteurs insolubles devraient être divisés également entre les créanciers non garantis. Un aspect important de cette politique réside dans la capacité de renoncer à des biens onéreux, sans quoi les avoirs disponibles sont, en pratique, attribués à un créancier ultérieur ou éventuel qui détient un droit sur les biens onéreux. »

⁷⁵ *Guide de la CNUDCI, supra* note 70, par. 88.

⁷⁶ Le tribunal prend toujours ce calcul en compte au moment de décider de nommer ou non un fonctionnaire du tribunal, mais la capacité de renoncer à des biens onéreux peut aider à abaisser les exigences s'appliquant à la nomination. Pour consulter un exemple d'options créatives en matière d'application de la loi, voir les procédures dans *Northpine*. Dans ce dossier, le prêteur a nommé un séquestre uniquement à l'égard de sites inexploités, si bien que les sites exploités se sont trouvés abandonnés. Le séquestre pouvait alors céder ses intérêts dans les sites non exploités sans le consentement de l'organisme de réglementation provincial, mais non dans les sites exploités.

⁷⁷ Voir les Débats de la Chambre des communes, Témoignages du Comité permanent de l'industrie, 35^e législature, 2^e session, séance n° 16, 11 juin 1996. Dans le contexte des biens réglementés, il est particulièrement important de considérer que les instances gouvernementales s'abstenaient jusqu'à tout récemment de demander la nomination de fonctionnaires du tribunal dans le dossier de débiteurs titulaires de permis d'exploitation en raison du coût associé à l'administration du dossier. Par conséquent, si aucun fonctionnaire du tribunal ne devait être nommé, il n'y aurait aucune tierce partie pour prendre possession des actifs en exploitation et l'organisme de réglementation pourrait avoir à gérer l'ensemble des biens de l'actif faisant l'objet d'un permis, au lieu de ceux qui seraient autrement vendus.

Comme l'ont reconnu il y a près de 70 ans les auteurs d'*Abandonment of Assets* – et conformément au modèle de la CNUDCI –, un fonctionnaire du tribunal renonce généralement à un intérêt dans des biens uniquement dans l'une des quatre situations suivantes :

[Traduction]

- « 1) biens sans valeur – biens qui n'ont aucune valeur intrinsèque, mais que le failli peut avoir conservé pour des raisons sentimentales;
- 2) biens grevés – biens que l'on ne s'attend pas à vendre à un prix suffisamment supérieur à la valeur de la garantie ou de l'hypothèque légale pour compenser les intérêts et les coûts d'administration⁷⁸;
- 3) droits de poursuite douteux – réclamations pour lesquelles la possibilité d'obtenir un jugement ou de recouvrer des montants en vertu d'un jugement n'est pas assez grande pour justifier les dépenses à engager dans une poursuite ou encore où, malgré la validité de la réclamation, les fonds de l'actif sont insuffisants pour intenter une poursuite en justice;
- 4) contrats exécutoires non rentables – contrats que le syndic ne peut exécuter ou dont l'exécution ne générera aucun avantage financier pour les créanciers⁷⁹. » [Nos soulignements.]

Par souci de simplicité, ces biens peuvent être considérés comme des biens onéreux ou de nature astreignante, dans la mesure où en assurer la gestion aurait pour effet de réduire la valeur actuelle ou future de l'actif. En qualité de fonctionnaire du tribunal, le syndic ou le séquestre devrait renoncer à des biens uniquement si les conserver risque de réduire la valeur de l'actif⁸⁰. Comme le dicteraient des pratiques commerciales raisonnables, les fonctionnaires du tribunal ont une obligation indéniable de renoncer à ces biens au lieu de permettre qu'ils entraînent une diminution des sommes à distribuer⁸¹.

⁷⁸ Il est important de noter les différences entre le *Bankruptcy Code* et la LFI. Alors que les syndics prennent possession des actifs sous réserve des droits des créanciers garantis, ces derniers peuvent avoir préalablement ou simultanément nommé un séquestre ou souhaiter que le syndic liquide les actifs. En outre, comme une mise sous séquestre constitue essentiellement un recours utilisé par un créancier garanti, tous les biens dans une mise sous séquestre sont susceptibles d'être grevés par une sûreté.

⁷⁹ *Abandonment of Assets*, supra note 3, par. 416.

⁸⁰ Voir *Lepage*, 2015 ONSC 4525, par. 27 (décision renversée pour d'autres motifs, *Lepage CA*, supra note 45). Lorsqu'un syndic conclut que des biens sont sans valeur pour l'actif, il devrait prendre des mesures concrètes pour renoncer officiellement à tout intérêt dans ceux-ci. Dans ce dossier, le bien immobilier était à juste titre considéré comme un bien onéreux plutôt que sans valeur, puisqu'il nécessitait des fonds pour en assurer l'entretien. Voir aussi *Garneau c. Caisse populaire Desjardins de Thetford Mines*, 2002 CanLII 63724 QCCS, par. 34 (« *Garneau* ») : « Donc, le syndic doit se départir d'un bien qui engage des frais inutiles pour la masse, vu qu'il ne représente pas d'intérêt réalisable. C'est le but qui se dégage de la renonciation d'un bien. »

⁸¹ *Ibid.* Voir aussi *Rich*, 510 BR 366 Bankr D Utah 2014. D'après le juge Mosier, [traduction] « le défaut d'administrer des biens de valeur présentant un avantage pour l'actif ne constitue pas une option acceptable et le défaut de renoncer à des biens contraignants n'en constitue pas une non plus ». Il a fait cette déclaration dans le contexte d'une requête en vertu de l'article 554b) du code américain des faillites, mais on peut raisonnablement présumer qu'un syndic canadien ayant renoncé à des biens de valeur ou n'ayant pas renoncé à des biens onéreux puisse faire face à une contestation similaire de la part d'un créancier en vertu de l'article 37 de la LFI.

On peut soutenir que le législateur a reconnu qu'un acte de renonciation constitue intrinsèquement une décision d'ordre financier. La LFI ne fait expressément guère mention de la renonciation, mais son article 14.06(5) prévoit une suspension des procédures en vue de permettre au syndic ou au séquestre d'évaluer les « conséquences économiques » du respect d'une ordonnance rendue par un organisme de réglementation ou un ministère⁸². Si la conformité est censée présenter un avantage pour l'actif, le fonctionnaire du tribunal serait tenu de maximiser la valeur et de respecter l'ordonnance. Bien entendu, on peut en déduire qu'il faudrait renoncer aux biens dans le cas contraire⁸³.

Pour qu'une renonciation constitue une décision d'ordre financier, il est important qu'elle donne un résultat plus avantageux que si l'on conservait les biens en question dans l'actif. Au moment de déterminer s'il est avantageux sur le plan financier de renoncer à des biens, le fonctionnaire du tribunal devrait calculer le coût net de leur administration. Cette analyse devrait prendre en compte l'ensemble des coûts comme, par exemple, ceux nécessaires pour le maintien de l'exploitation, l'entreposage et le transport, de même que les frais juridiques et de consultation financière⁸⁴. Ce raisonnement s'applique à tous les actes de renonciation. Il est important que le fonctionnaire du tribunal documente sa décision et qu'il soit en mesure de justifier l'exercice de ses droits en cas de contestation par un intervenant ou un tiers s'estimant lésé⁸⁵.

Si un fonctionnaire du tribunal peut maintenir ou accroître la valeur de l'actif en renonçant à un intérêt dans des biens, on peut soutenir qu'il a l'obligation d'y renoncer malgré les éventuelles conséquences sur les parties non-intervenantes du débiteur⁸⁶. Même si l'on ne prend guère officiellement en compte l'impact financier, la jurisprudence canadienne s'est développée de telle sorte que l'on assume implicitement que l'on y a recours dans le cadre de l'administration de dossiers de débiteurs insolubles.

⁸² Comme l'a signalé G. Marantz, conseiller juridique pour Industrie Canada avant les modifications de 1997, l'article 14.06 LFI visait à autoriser les fonctionnaires du tribunal à déterminer, après avoir pris possession des biens, s'il y avait des dommages environnementaux et s'il était avantageux sur le plan financier de remédier à la situation sans devoir courir le risque d'assumer une responsabilité significative.

⁸³ Les articles 14.06(4)b) et 14.06(5) LFI prévoient qu'un fonctionnaire du tribunal puisse évaluer la « viabilité économique » des biens du débiteur, ce qui va bien au-delà de l'évaluation de sa responsabilité personnelle à l'égard de l'administration de l'actif. En outre, l'article 14.06(6) LFI interdit au fonctionnaire du tribunal d'assumer le coût des mesures correctives à l'égard de biens auxquels il a renoncé à même les autres actifs sous sa saisine. *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 57 et 63.

⁸⁴ Il est important qu'un fonctionnaire du tribunal prenne en compte le type de biens (par exemple biens périssables ou produits alimentaires), les coûts de l'entreposage, les commissions de vente, les droits juridiques, etc., au moment de déterminer quels biens il serait avantageux d'administrer ou de continuer à administrer. L'administration de biens périssables entraîne souvent une baisse du rendement.

⁸⁵ Voir *Firestone*, *supra* note 44, par. 18. Les organismes de réglementation et les autres parties aux contrats contestent couramment les renonciations, mais les créanciers s'estimant lésés peuvent aussi contester la décision d'un syndic de ne pas renoncer à des biens onéreux en vertu de l'article 37 LFI. Ce cas d'espèce démontre pourquoi il est important que les syndics fassent valoir au préalable des arguments solides pour renoncer à des biens.

⁸⁶ Le fonctionnaire du tribunal a l'obligation de gérer les biens dans l'intérêt des intervenants du débiteur. Il est improbable que des créanciers majeurs l'autorisent à consacrer des fonds de l'actif à des biens onéreux (dont la valeur n'est pas susceptible d'augmenter ultérieurement) ou auxquels il a déjà renoncé au bénéfice d'un non-intervenant, à moins qu'un bénéfice net n'ait été réalisé : *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 57.

V. BIENS AUXQUELS IL EST POSSIBLE DE RENONCER ET PROCÉDURES CONNEXES

A. BIENS RÉELS

Ces dernières années, la controverse entourant la portée du pouvoir des fonctionnaires du tribunal de renoncer à un intérêt dans des biens réels a été propulsée à l'avant-plan dans le milieu judiciaire canadien. Cette situation s'explique par les difficultés financières incessantes avec lesquelles sont aux prises l'industrie pétrolière et gazière et l'industrie manufacturière au pays. En dépit du caractère récent de ce changement, on observe depuis des décennies une désapprobation à la renonciation à des biens par les fonctionnaires du tribunal. La renonciation à des biens réels contaminés constitue la principale source de désaccord.

Le problème se pose principalement dans le cas des biens réels contaminés comme, par exemple, les propriétés pétrolières et gazières et les mines, car la législation provinciale applicable ne prévoit pas de renonciation inconditionnelle à un intérêt dans des biens réels par un fonctionnaire du tribunal⁸⁷. Le droit conféré aux fonctionnaires du tribunal de renoncer à des biens ne se limite pas aux biens assujettis à des obligations environnementales, mais il justifie que l'on autorise un fonctionnaire du tribunal à renoncer à tous les biens onéreux qui autrement auraient une incidence négative sur l'administration des dossiers d'insolvabilité.

Comme l'a affirmé à juste titre Anna Lund dans l'article intitulé « A New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law », [traduction] « autoriser les fonctionnaires du tribunal à renoncer à un intérêt dans des biens réels visés par une ordonnance de réparation dispendieuse est une bonne chose, parce que l'on s'assure ainsi que les professionnels de l'insolvabilité seront disposés à accepter des dossiers de restructuration et de liquidation où le débiteur fait face à des réclamations liées à l'environnement⁸⁸ ». Toutefois, on ne s'entend toujours pas sur l'origine de ce droit à renoncer à un intérêt dans un bien réel⁸⁹.

i) ARTICLE 20 LFI

En vertu de l'article 20 de la LFI, le syndic peut, avec la permission des inspecteurs, renoncer à tout actif ou intérêt dans un bien réel et l'officier de la publicité des droits de la circonscription foncière doit accepter et consigner l'avis de renonciation au registre foncier. Le bien réel retourne alors dans le patrimoine du failli.

L'article 20 LFI ne confère pas au syndic le pouvoir de renoncer à des biens; il présume que ce pouvoir existe en common law⁹⁰. L'article 20(1) LFI oblige l'officier de la publicité des droits à

⁸⁷ *Redwater*, supra note 56, par. 155.

⁸⁸A. Lund, « Lousy Dentists, Bad Drivers, and Abandoned Oil Wells: A New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law », *Saskatchewan Law Review*, vol. 80, n° 1, p. 157, à la p. 183 (« A New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law »).

⁸⁹ Malgré le paragraphe 30(1)k) LFI, qui habilite expressément le syndic à renoncer à son intérêt de locataire d'un bien réel ou personnel.

⁹⁰ *Orphan Well Association*, supra note 2, par. 48 et 68, et décision orale rendue par le juge Jones le 23 mars 2017 dans *Alberta Treasury Branches v. Nordegg Resources Inc.*, dossier de la cour n° 1601-07435 ABQB (« *Nordegg* »). Voir aussi *Lichtenfeld v. Conifer Contracting Ltd.*, 2005 CarswellOnt 3585 ONSCJ, par. 23.

consigner l'avis de renonciation à un bien au registre foncier et l'article 20(2) LFI en décrit l'effet. Cette disposition a notamment pour but de s'assurer que les autres parties intéressées soient avisées, sur consultation du registre foncier, que le bien ne fait plus partie de l'actif du failli et qu'il a été retourné dans son patrimoine (et peut faire l'objet de mesures d'exécution). Les quelques décisions prenant port sur l'application de l'article 20 LFI font surtout état que la renonciation à un bien repose principalement sur une analyse de sa valeur de réalisation (par exemple lorsqu'il n'y a aucune valeur nette de réalisation)⁹¹.

Dans *Jones*, le juge en chef Prendergast a conclu qu'un syndic ne pouvait renoncer à un intérêt dans un bien réel en ne prenant simplement aucune mesure ou par déclaration verbale à cet effet. Pour que la renonciation à un bien soit exécutoire, il faut, selon lui, qu'un avis de renonciation ait été déposé et que les inspecteurs aient donné leur autorisation⁹².

Dans *Firestone*, le registraire Waller est parvenu à une conclusion similaire après s'être penché sur la renonciation à un intérêt dans une résidence familiale par un syndic en vertu de l'article 20 LFI. Dans ce dossier, le syndic avait examiné l'immeuble du débiteur en date de la faillite et conclu qu'il n'y avait aucune valeur nette non exemptée à réaliser au bénéfice des créanciers. À la demande du failli, le syndic lui a remis un avis de renonciation. Même si le failli a omis de publier cet avis au registre foncier, la renonciation a été jugée valide car elle avait été produite par le syndic⁹³. Cette décision est importante, car elle indique qu'un acte de renonciation n'a pas à être publié conformément à l'article 20 LFI pour prendre effet⁹⁴. La renonciation entre en vigueur à la date de production de l'avis de renonciation par le syndic.

Cette conclusion va dans le sens de l'approche adoptée par le juge Slatter dans *Orphan Well Association*. Dans ce dossier, le juge a reconnu que la renonciation à un bien onéreux par un fonctionnaire du tribunal pouvait être validée par un avis écrit, peu importe que celui-ci ait été publié ou non⁹⁵. Il a également conclu que l'article 20 LFI ne conférait en soi aucun droit de

⁹¹ Voir *Firestone*, *supra* note 44, par. 4. Voir aussi *Eska v. Eska*, 2001 MBQB 267, par. 5, citant Houlden & Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* : [traduction] « Au cours de l'administration d'un dossier, le syndic devrait faire preuve de prudence lorsqu'un avis de renonciation est émis sans contrepartie pour l'actif. Le résultat est plus acceptable si le syndic laisse un créancier saisir ou faire vendre le bien. Voir aussi *Garneau*, *supra* note 80, par 20-31. L'enregistrement d'un avis de renonciation a pour effet d'annuler tout enregistrement antérieur fait par le syndic à l'égard des biens.

⁹² Les inspecteurs, le cas échéant, sont uniquement tenus d'autoriser la renonciation et non la façon utilisée pour ce faire.

⁹³ Houlden & Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Analysis*, ch. 38, « Disclaimer of Property ». Voir aussi *Banque Laurentienne du Canada c. Caron, Bélanger, Ernst & Young Inc*, dossier de la cour n° 500-09-008257-990, 6 mai 2002, QCCA, et *Munkittrick*, 2011 QCCS 239, par. 28-33.

⁹⁴ Contrairement à *Marathon Pulp Inc*, 2009 CarswellOnt 4570 ONSC, où un syndic a obtenu une « ordonnance de renonciation » en vertu de l'article 20. Cette ordonnance l'autorisait à renoncer à certains bien au lieu d'invoquer les droits qui lui sont conférés en common law. Contrairement aussi à *Ménard : Shink c. Gingras*, 1962 3 CBR (ns) 309 QCCS. Le tribunal a conclu qu'un avis de renonciation écrit produit par un syndic était sans effet à moins que le syndic ne l'ait enregistré en vertu de l'article 20(1) LFI.

⁹⁵ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 6-7.

renoncer à un intérêt dans un bien réel⁹⁶. Ces décisions confirment une fois de plus que le système judiciaire canadien se satisfait implicitement du droit à la renonciation à un bien réel reconnu en common law aux syndicis.

ii) ARTICLE 14.06(4) LFI

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'article 14.06(4) LFI a été introduit pour encourager les fonctionnaires du tribunal à accepter des mandats sans craindre d'être tenus personnellement responsables de réclamations liées à l'environnement⁹⁷. Cet article reconnaît que les fonctionnaires du tribunal disposent déjà des outils nécessaires pour faciliter la renonciation à des biens, mais il ne leur confère pas expressément le droit à la renonciation. À l'instar de l'article 20 LFI, cet article présume que ce droit existe déjà en common law. Cette disposition laisse matière à réflexion quant à savoir si elle confère ou non le droit de renoncer à des biens, mais l'analyse qui suit part du postulat qu'*Orphan Well Association* a clarifié l'application de l'article 14.06 LFI.⁹⁸

Bien que l'article 14.06 LFI soit en vigueur depuis près de 20 ans, il existe étonnamment peu de jurisprudence citée portant sur son application avant 2012. Depuis que la Cour suprême du Canada (CSC) a rendu sa décision dans *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, les tribunaux bénéficient d'une orientation sur l'application de cet article et ont rendu plusieurs décisions qui en tiennent compte. Les plus récentes sont *Redwater* et *Orphan Well Association*, qui ont été parmi les premières où les juges ont examiné en profondeur l'article 14.06(4) LFI. Les faits qui sous-tendent ces décisions sont présentés ci-après.

Redwater Energy Corp. (« Redwater ») était un petit producteur de pétrole et de gaz coté en bourse. L'entreprise albertaine possédait 127 propriétés pétrolières et gazières (puits, pipelines et installations) titulaire de permis de l'AER sous le régime de la *Oil and Gas Conservation Act*, RSA 2000, ch. O-6 (« OGCA ») et de la *Pipeline Act*, RSA 2000, ch. P-15.

En mai 2015, quand Redwater n'est pas parvenue à vendre ses biens à l'amiable afin de rembourser intégralement son prêteur, un séquestre a été nommé en vertu de l'article 243 de la LFI pour administrer les biens de l'entreprise. Dès sa nomination, le séquestre a évalué les biens de Redwater faisant l'objet de permis et a avisé par écrit l'AER qu'il prendrait uniquement possession et contrôle d'une vingtaine des 127 puits, installations et pipelines appartenant à Redwater.

Peu après, l'AER a rendu des ordonnances de fermeture et de cessation d'exploitation relativement aux biens visés par les permis auxquels le séquestre avait renoncé. Il a aussi déposé une requête visant à contraindre le séquestre à se conformer aux ordonnances de fermeture et de cessation

⁹⁶ Cette conclusion va à l'encontre de celle du juge Lederman dans *Thomson Kernaghan & Co*, 2003 CarswellOnt 1937 ONSCJ, par. 14 (« *Thomson Kernaghan* »). Dans ce dossier, le juge a conclu, en «obiter» que l'article 20 constituait une disposition habilitante.

⁹⁷ Voir, de façon générale, *Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update*, supra note 29.

⁹⁸ Voir *Baker c. Directeur, ministère de l'Environnement*, 2013 CarswellOnt 6508 (Tribunal de l'environnement de l'Ontario), par. 9, où le syndic de Northstar Aerospace (Canada) Inc. a émis un avis de renonciation à l'égard d'un site contaminé en vertu de 14.06(4)a(ii) de la LFI. Dans *Redwater*, supra note 56, par. 127, le juge en chef a lui aussi présumé que l'article 14.06(4) conférerait le droit de renoncer à des biens. Le juge Slatter a apporté des éclaircissements sur cette disposition dans *Orphan Well Association*, supra note 2.

d'exploitation et à s'acquitter de toutes les obligations incombant à Redwater en vertu de la loi concernant la cessation de l'exploitation, la décontamination et la remise en état des biens visés par les permis. Pour se conformer aux ordonnances de l'AER, le séquestre aurait dû utiliser les actifs résiduels pour remédier aux problèmes environnementaux liés aux biens abandonnés, ce qui contrevenait à l'article 14.06(6) LFI.

À la fin d'octobre 2015, le juge a rendu une décision déclarant Redwater en faillite et nommant le séquestre à titre de syndic de l'actif de l'entreprise (le « séquestre-syndic »). Aucun inspecteur n'a été nommé dans ce dossier. Le 2 novembre 2015, le séquestre-syndic a fait parvenir à l'AER une lettre l'informant qu'il renonçait à tout intérêt dans ces biens onéreux. Avant que l'AER ne rende ses ordonnances à leur égard, le syndic avait invoqué les articles 14.06(4)a) et c) LFI en faisant valoir qu'ils lui conféraient le pouvoir de renoncer à un bien⁹⁹. Aucun de ces articles n'impose une forme particulière d'avis en cas de renonciation¹⁰⁰.

Le séquestre-syndic a présenté une demande incidente pour faire approuver la vente d'éléments d'actifs excluant ceux auxquels il avait renoncé et ordonnant à l'AER de les exclure pour les besoins du processus de transfert de permis. Il a aussi demandé qu'il soit statué sur la constitutionnalité du système de délivrance de permis par l'AER sous le régime de l'*Oil and Gas Conservation Act* et de la *Pipeline Act*, dans la mesure où ce système l'empêchait de renoncer à un bien onéreux et l'obligeait à utiliser les avoirs résiduels de l'actif pour se conformer aux ordonnances de l'AER afin que cette dernière puisse approuver le transfert de ses permis délivrés à Redwater.

L'une des principales questions sur lesquelles devait statuer le juge en chef consistait à déterminer si le séquestre-syndic était autorisé à renoncer à un intérêt dans certains biens visés par des permis. D'après l'AER, le séquestre-syndic n'avait pas le pouvoir d'y renoncer, car il avait été nommé en tant que séquestre-gérant de tous les biens appartenant à Redwater (bien qu'il n'en ait jamais pris possession en tant que séquestre). L'argument de l'AER reposait sur la prémisse que le séquestre-syndic n'était pas autorisé à choisir les biens ayant de la valeur au détriment de ceux qui n'en avaient pas et à exclure ainsi la responsabilité de l'actif à l'égard des obligations liées aux permis prévues par la loi pour les biens onéreux. L'AER est allé encore plus loin en faisant valoir que le séquestre-syndic avait une obligation envers le grand public en plus de son obligation envers les intervenants dans le dossier et que cette obligation l'emportait sur sa capacité de renoncer aux biens onéreux, à moins qu'il n'y ait un risque considérable que le séquestre-syndic soit tenu personnellement responsable de tout dommage causé à l'environnement et du défaut de se conformer à toute ordonnance exigeant la décontamination.

Le juge Wittmann, alors juge en chef, a rejeté la requête de l'AER et accepté celle du séquestre-syndic, l'autorisant à initier le processus de vente et à renoncer aux biens onéreux après coup. Il a

⁹⁹ L'article 14.06(4) LFI n'impose aucune forme d'avis, n'exige aucun avis écrit et n'exige pas que l'avis en question précise le bien auquel le syndic a renoncé, mais les principes de la common law semblent soutenir que l'avis devrait être présenté par écrit et préciser de façon suffisamment détaillée à quelle propriété il a été renoncé afin d'en permettre la publication au registre foncier.

¹⁰⁰ Contrairement à l'article 20 LFI, en vertu duquel l'officier de la publicité des droits doit, sur présentation d'un avis de renonciation, l'accepter et le consigner au registre foncier.

conclu que les articles 14.06(4)a) et c) LFI autorisaient la renonciation à tout intérêt dans un bien réel avant et après qu'une ordonnance ne soit rendue ¹⁰¹. Il a ajouté que la responsabilité personnelle n'était pas une condition préalable à la renonciation par un fonctionnaire du tribunal¹⁰². Par conséquent, le juge en chef a soutenu qu'en vertu de l'article 14.06(4) LFI, les fonctionnaires du tribunal sont autorisés à choisir quels biens de l'actif ils administreront (sous réserve de l'obligation essentielle de maximiser la valeur de l'actif) et a ajouté qu'ils ne pouvaient être tenus responsables de toute renonciation et de la décontamination exigée en vertu d'une ordonnance de réparation¹⁰³.

En rendant sa décision, le juge en chef a expliqué que le libellé de l'article 14.06 LFI indiquait clairement que le législateur avait tenu compte des enjeux de la politique environnementale au moment de le rédiger. Il a déclaré que la capacité de renoncer à un bien en vue de maximiser la valeur d'un actif avait préséance sur d'autres éléments. Par exemple, il a fait remarquer que :

[Traduction]

(...) en vertu de l'article 14.06(3) LFI, le syndic doit se conformer à toute obligation de faire rapport ou de communiquer des renseignements prévus par une loi fédérale ou provinciale. Toutefois, le législateur n'a pas choisi de faire prévaloir ces exigences sur le droit de renoncer à un bien contaminé¹⁰⁴. [Nos soulèvements.]

Le juge en chef a fait valoir que le séquestre-syndic avait renoncé en toute légitimité aux biens onéreux et exercé à juste titre les droits que lui conférait la LFI. L'AER et l'Orphan Well Association (« OWA ») en ont peu après appelé de la décision *Redwater*, soutenant entre autres que l'article 20 de la LFI était la seule disposition autorisant un fonctionnaire du tribunal à renoncer à un bien et qu'aucune autre pratique n'était justifiée.

Dans une décision majoritaire, les juges de la Cour d'appel de l'Alberta ont confirmé le raisonnement du juge en chef dans *Redwater*, indiquant qu'il était monnaie courante pour les séquestres et les syndics de renoncer à des biens au cours de leur administration de l'actif. Les juges majoritaires ont notamment déclaré :

¹⁰¹ Voir *Redwater*, *supra* note 56, par. 134. Il s'agit ici de tout intérêt dans tout bien réel. Cette mesure ne se limite pas à la possession en fief simple de la common law et s'applique aussi aux baux et à tout autre intérêt dans un bien réel.

¹⁰² *Redwater*, *supra* note 56, par. 158.

¹⁰³ Comparer avec *Midlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection*, 474 US 494 1986, où le tribunal des faillites des États-Unis a conclu que la renonciation par un syndic américain était valide uniquement si la contamination ne constituait pas une menace imminente et identifiable pour la santé et la sécurité du public. Voir aussi *World Without Bankruptcy*, *supra* note 1, par. 187, où le professeur D. Baird fait valoir que la décision de conserver un bien ou d'y renoncer ne devrait avoir aucune incidence sur les obligations découlant de la possession antérieure du bien visé. La renonciation devrait toucher uniquement les obligations futures découlant du maintien de la possession. Une grande partie de l'analyse de la question de la renonciation reposait sur l'hypothèse erronée selon laquelle si le syndic pouvait renoncer à un site de déchets toxiques, il pourrait soustraire l'actif à toute obligation préexistante associée au site. Renoncer à un bien, c'est complètement différent de se décharger d'une responsabilité qui pourrait découler de la possession de ce bien. En pareil cas, la responsabilité continue de relever de l'actif en tout temps. Toutefois, en vertu de l'article 14.06(6) LFI, l'actif disponible pour s'acquitter d'une responsabilité change au moment de la renonciation.

¹⁰⁴ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 133.

[Traduction]

Si un syndic détermine qu'un puits de pétrole et de gaz n'a aucune valeur de réalisation nette, parce qu'il est épuisé ou qu'un passif dépassant sa valeur s'y rattache, le syndic peut effectivement ne pas en tenir compte. Comme il en est question *infra* aux articles 57 et 63, la LFI reconnaît que le syndic peut renoncer à des biens assujettis à des obligations environnementales¹⁰⁵. [Nos soulignements.]

Conformément à la jurisprudence, les juges ont aussi conclu à la majorité que l'article 20 LFI ne limite pas la capacité d'un syndic de renoncer à un intérêt dans un bien réel¹⁰⁶. Il s'agit simplement d'une directive ordonnant aux officiers de la publicité des droits de consigner l'avis de renonciation au registre foncier du bureau d'enregistrement approprié¹⁰⁷. Comme il est clair que le défaut d'enregistrer un avis de renonciation n'a aucune incidence sur la validité de l'action en soi, tout avis de renonciation (sous quelque forme que ce soit) donné par le syndic avec l'intention de renoncer au bien visé est valide et exécutoire à sa date d'émission.

Les juges ont conclu à la majorité que l'article 14.06(4) LFI se fonde sur des droits externes de renonciation (prévus en common law ou par la loi)¹⁰⁸. Leur décision majoritaire a confirmé l'interprétation du milieu de l'insolvabilité selon laquelle un fonctionnaire du tribunal est autorisé à renoncer à certains biens assujettis à des obligations environnementales, pour autant que le coût associé à leur respect (notamment les coûts passés, futurs, imprévus ou cristallisés) l'emporte sur la valeur de réalisation prévue.

Le juge dissident en est arrivé à une conclusion contraire, mais les raisons qu'il a invoquées ne contestaient pas le fait que les séquestres et les syndics pouvaient renoncer à un intérêt dans un bien réel¹⁰⁹. Il a simplement remis en question les situations où les fonctionnaires du tribunal sont autorisés à le faire, privilégiant une interprétation qui autorise la renonciation uniquement [traduction] « lorsque le syndic doit se soustraire à une responsabilité personnelle s'il se conforme à une ordonnance environnementale »¹¹⁰. Le juge dissident a conclu qu'il fallait interpréter de façon extrêmement large l'article 14.06(4) LFI pour conclure que les fonctionnaires du tribunal peuvent renoncer à un bien faisant l'objet d'une ordonnance environnementale¹¹¹.

Le juge dissident ne s'opposait pas à l'interprétation de l'article 20 LFI par la majorité, bien que sa conclusion concernant l'article 14.06(4) LFI semble incompatible avec l'objet et le libellé explicite de la loi qui confère aux fonctionnaires du tribunal la capacité de renoncer à des biens dans le but de maximiser la valeur d'un actif. Plus précisément, par suite des modifications

¹⁰⁵ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 47.

¹⁰⁶ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 48.

¹⁰⁷ Cette directive est nécessaire au syndic parce que son ordonnance de nomination ne prévoit pas les dispositions de fond que l'on trouve généralement dans une ordonnance de séquestre. Par conséquent, les syndics s'en remettent davantage à la LFI pour ce qui est des pouvoirs qui leur sont dévolus et de leur capacité à demander la collaboration de tiers.

¹⁰⁸ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 63.

¹⁰⁹ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 210. Le juge dissident ne s'est pas non plus opposé à l'interprétation de l'article 20 de la LFI par la majorité des juges.

¹¹⁰ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 203.

¹¹¹ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 201.

législatives apportées dans les années 1990, l'article 14.06(2) LFI a limité la responsabilité des fonctionnaires du tribunal dans le cadre de l'administration d'un actif comportant des biens contaminés¹¹². Toute loi provinciale qui impose une responsabilité environnementale à un fonctionnaire du tribunal malgré ces dispositions législatives soulève le recours à la doctrine de la prépondérance fédérale.

Outre la négligence grave ou la faute intentionnelle, il n'existe aucune situation où un fonctionnaire du tribunal devrait renoncer à un bien afin de limiter sa responsabilité. Les dispositions portant sur la renonciation visent à donner aux fonctionnaires du tribunal un outil permettant de restreindre les responsabilités du débiteur et non celles qui découlent de la négligence grave ou de la faute intentionnelle du fonctionnaire du tribunal.

Il est maintenant clair que les fonctionnaires du tribunal sont autorisés à réaliser une analyse économique des avoirs d'un débiteur insolvable et à renoncer à un intérêt dans un bien réel qui est ou pourrait devenir onéreux en donnant un avis de renonciation aux autres parties susceptibles d'avoir un intérêt dans le bien en question (ou au registre approprié lorsque le syndic n'est pas informé de l'existence de telles parties). Au moment de la renonciation, l'actif (soit de la faillite ou de la mise sous séquestre) n'est plus responsable des coûts en résultant ou qui lui sont attribuables¹¹³. L'AER et l'OWA ont porté en appel la décision majoritaire devant la CSC. Cependant, leur demande de suspension des effets de la décision *Orphan Well Association* a été rejetée¹¹⁴.

iii) COMMON LAW

Les articles 20 et 14.06(4) LFI s'appuient manifestement sur le droit absolu conféré aux fonctionnaires du tribunal de renoncer à tout intérêt dans un bien. Outre le droit de résilier un bail prévu à l'article 30(1)k) LFI, que nous analyserons plus en détail ci-après, il existe relativement peu de jurisprudence portant sur l'application ou même l'existence, en common law, du droit de renoncer à un bien. Ce manque de précision a contribué à l'incertitude considérable entourant les pratiques actuelles.

Avant l'adoption de l'article 14.06(4) LFI, le concept du droit de renoncer à des biens reconnus en common law a suscité peu d'attention dans un contexte autre que l'exercice des droits en vertu de l'article 20 LFI, que l'on croyait principalement limité aux syndics. Dans la plupart des cas, les fonctionnaires du tribunal ont renoncé aux biens de façon indirecte en obtenant leur libération et en retournant les biens dans le patrimoine du débiteur. Ce n'est seulement que lorsque les autorités réglementaires ont commencé à vouloir porter atteinte à la capacité d'un fonctionnaire du tribunal

¹¹² *Orphan Well Association*, supra note 2, par. 57.

¹¹³ B. Bolea, « Bankruptcy Abandonment Power and Environmental Liability », *Common Law Journal*, vol. 106, n° 83, 2001, p. 86. Au moment de la renonciation, le bien cesse de faire partie de l'actif de la faillite et les avoirs résiduels de l'actif ne devraient pas être utilisés pour défrayer les coûts rattachés au bien visé par la renonciation.

¹¹⁴ On s'attend à ce que la Cour suprême du Canada statue sur la demande d'autorisation au début de 2018. Entre-temps, l'AER et l'OWA ont demandé de suspendre les effets de la décision *Orphan Well Association*, y compris la décision majoritaire concernant les droits de renonciation et le précédent créé par la décision. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté la demande de suspension dans *Alberta Energy Regulator v. Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 278.

de maximiser la valeur des actifs visés par des permis que s'est répandu le recours aux droits à la renonciation reconnus en common law afin d'atténuer la responsabilité associée à l'actif insolvable.

Dans l'affaire *Panamericana de Bienesy Servicios SA v. Northern Badger Oil & Gas Ltd*, 1989 CarswellAlta 372 (ABQB), qui à bien des égards a ouvert la voie à la décision *Redwater*, le juge MacPherson devait déterminer si la LFI empêchait le séquestre-gérant nommé par le tribunal dans la faillite d'une société pétrolière de se conformer à une ordonnance rendue par l'Energy Resources Conservation Board (« ERCB »), prédécesseur de l'AER¹¹⁵. Dans ce dossier, le séquestre-gérant a procédé à la vente des actifs de la faillite. La convention d'achat comportait une clause de restitution permettant de retourner au séquestre, dans certaines situations, des biens visés par un permis. L'acheteur a ainsi restitué à l'actif sous séquestre un intérêt partiel dans sept puits dont l'exploration ou l'exploitation avait été suspendue¹¹⁶. Après avoir été informée de la rétrocession de ces biens dans l'actif, l'ERCB a émis une ordonnance d'abandon pour ces sept puits afin de protéger l'environnement¹¹⁷. Le juge en chambre a conclu que le séquestre n'était pas tenu de se conformer à l'ordonnance de l'ERCB, car il aurait dû le faire au détriment de la réalisation disponible pour le créancier garanti¹¹⁸.

En appel, le juge en chef Laycraft a renversé la décision du juge en chambre et ordonné au séquestre d'utiliser les avoirs de l'actif (le produit de la vente détenu en fiducie par le fonctionnaire du tribunal) pour se conformer aux ordonnances de l'ERCB¹¹⁹. Dans son raisonnement, la Cour d'appel de l'Alberta laissait entendre implicitement que cette stratégie serait autrement autorisée pour autant qu'il n'y ait aucune obligation environnementale statutaire à remédier par le séquestre-gérant en sa qualité de titulaire de permis. Comme il a été mentionné dans *Orphan Well Association*, il y a peu de différence entre une renonciation directe à un bien et son retour dans le patrimoine du failli antérieurement à une demande de libération comme syndic¹²⁰. La décision rendue dans *Northern Badger CA* témoigne d'une pratique de longue date des fonctionnaires du tribunal consistant à avoir recours à une cession en faillite pour renoncer indirectement à un bien onéreux.

Depuis l'adoption de l'article 14.06 LFI, après la décision rendue dans *Northern Badger CA*, plusieurs cas ont été recensés où les séquestres n'ont pas eu à recourir à des formes indirectes de renonciation et ont fait valoir avec succès les droits qui leur étaient conférés en common law ou par ordonnance lors de leur nomination par le tribunal (ou par la loi dans certains cas).

En 2002, le juge Slatter dans *Big Sky* a souligné dans un premier temps que les articles 14.06(4)c) et 14.06(6) LFI prévoyaient l'abandon de sites contaminés par un fonctionnaire du tribunal et, le

¹¹⁵ *Northern Badger QB*, par. 18.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 4, et *Redwater*, *supra* note 56, par. 188.

¹¹⁷ *Ibid.*, par. 6.

¹¹⁸ *Ibid.*, par. 32.

¹¹⁹ *Panamericana de Bienesy Servicios SA v. Northern Badger Oil & Gas Ltd*, 1991 ABCA 181, par. 66 (« *Northern Badger CA* »).

¹²⁰ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par. 47.

cas échéant, établissent la procédure pour l'exercice de ce droit¹²¹. Il a semblé toutefois contredire cette allégation en soulignant le risque associé aux ordonnances s'écartant du modèle normalisé :

[Traduction]

Le problème initial découlant des dispositions sur l'environnement proposées dans l'ordonnance réside dans le fait qu'elles sont en contradiction avec d'autres dispositions y figurant. En vertu du paragraphe 2 de l'ordonnance, tous les biens du débiteur sont sous l'autorité du séquestre intérimaire. Or, le paragraphe 28 indique que l'ordonnance ne confie pas au séquestre intérimaire la garde ou la responsabilité de tout bien qui « pourrait être » contaminé. Cette disposition est inacceptable. Dans le meilleur des cas, elle crée une grande incertitude quant à savoir quels biens sont sous la responsabilité du séquestre intérimaire et, dans le pire des cas, elle confère au séquestre intérimaire une sorte de droit *ex post facto* de déterminer s'il a eu ou non la responsabilité du bien¹²². [Nos soulignements.]

Ces propos illustrent l'importance des modèles normalisés d'ordonnance et des interprétations subséquentes de l'alinéa 3a), qui traite maintenant de cette situation. Dans *Big Sky*, le juge Slatter devait statuer sur une disposition d'une ordonnance qui aurait eu pour effet de mettre fin à la possession et à la responsabilité d'un bien dès la découverte de la contamination, ce qui créait une incertitude importante quant à savoir de quels biens le séquestre aurait eu la responsabilité.

[Traduction]

Aucune disposition de la présente ordonnance ne confère au séquestre la garde, la propriété, la responsabilité, la charge, l'occupation, la possession ni la gestion de tout bien qui pourrait être pollué ou contaminé, de tout bien où un polluant ou un contaminant est présent ou pourrait le devenir par suite de tout déversement, rejet ou dépôt d'une substance, en contravention à toute loi sur la protection de l'environnement, ou de tout bien faisant l'objet de toute condition malsaine liée à l'environnement. Aucune disposition n'exige non plus que le séquestre assure la garde, la propriété, la responsabilité, la charge, l'occupation, la possession ou la gestion du bien en question¹²³.

Ce type de disposition crée une incertitude quant à la possession et limite aussi la capacité du séquestre à déterminer si le bien serait réalisable une fois la situation corrigée. La jurisprudence subséquente, entre autres le raisonnement du juge Slatter dans *Orphan Well Association*, précise maintenant que le séquestre peut renoncer à un bien après en avoir assuré la possession et la responsabilité (en le cédant). Toutefois, cette renonciation doit être énoncée dans un avis écrit et non dans une disposition d'une ordonnance judiciaire mettant fin à la possession dès la découverte de la contamination.

Citons également à titre d'exemple *Harbert Distressed Investment Fund, LP v. General Chemical Canada Ltd*, 2006 CarswellOnt 4675 ONSCJ (rôle commercial), où un séquestre intérimaire a été nommé pour administrer les avoirs de General Chemical Canada Ltd. après l'échec de sa

¹²¹ *Big Sky*, *supra* note 50, par. 10, 43 et 48.

¹²² *Big Sky*, *supra* note 50, par. 48.

¹²³ *Big Sky*, *supra* note 50, par. 28.

restructuration sous le régime de la LACC, en partie en raison des responsabilités environnementales importantes existant avant le dépôt de la procédure¹²⁴. Dans ce dossier, l'ordonnance de nomination du séquestre intérimaire excluait expressément les biens contaminés de l'actif sous séquestre (du fait que la sûreté offerte au créancier ne portait pas sur ces biens), ce qui a entraîné la renonciation réelle à ces biens par le séquestre¹²⁵.

Dans *Alberta Treasury Branches v. Nordegg Resources Inc* (ABQB), la juge Streckaf (à l'époque) a rendu une ordonnance de séquestre le 16 juin 2016 et une ordonnance de mise sous séquestre amendée le 13 juillet 2017. Cette ordonnance subséquente autorisait le séquestre à [traduction] « se départir de ses intérêts dans tout bien réel du débiteur ou de tout droit sur tout bien immeuble, y compris un permis ou toute autre autorisation donnée par l'Alberta Energy Regulator, et ce en vertu de l'article 14.06(4) LFI¹²⁶ ».

Le 23 février 2017, le séquestre de Nordegg Resources Inc. (« Nordegg ») a donné à l'AER un avis écrit l'informant qu'il avait renoncé à certains puits de pétrole et de gaz ainsi qu'à leurs permis alors détenus par Nordegg. Par la suite, le séquestre a demandé une ordonnance qui, entre autres, approuvait la vente d'actifs de production de Nordegg. L'AER s'est opposé à la transaction, faisant valoir que le séquestre n'avait pas le pouvoir absolu de renoncer aux intérêts de Nordegg dans les permis en question¹²⁷. Contrairement à la position qu'il avait adoptée dans *Orphan Well Association*, où il affirmait que l'article 20 LFI conférait uniquement le droit de renoncer à un bien, l'AER faisait valoir dans Nordegg que la capacité du séquestre à renoncer à un bien se limite aux circonstances prescrites au paragraphe 14.06(4) LFI¹²⁸.

Compte tenu du raisonnement de la majorité des juges dans *Orphan Well Association*, la position de l'AER concernant la renonciation aux permis autorisant certaines activités était probablement en partie justifiée. Un fonctionnaire du tribunal ne peut renoncer à un intérêt dans un permis autorisant certaines activités parce qu'il ne s'agit pas d'un « bien » auquel il est possible de renoncer¹²⁹. Le juge Jones, qui a entendu la requête de l'AER, a conclu que le séquestre était en mesure de renoncer à tout intérêt dans un bien réel et qu'il n'était pas limité par l'article 14.06(4)

¹²⁴ *Harbert Distressed Investment Fund, LP v. General Chemical Canada Ltd* et N. Chaput, LLM, *Environmental Clean-up in Bankruptcy and Insolvency: What Priority for the Environment?*, Université de Toronto, 2012, p. 18-20 – https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/33370/5/Chaput_Nicolas_201211_LLM_thesis.pdf.

¹²⁵ *Ibid.*, par. 55.

¹²⁶ *Nordegg*, *supra* note 90, article 1 de l'ordonnance de modification de la mise sous séquestre rendue le 13 juillet 2016 par la juge Streckaf.

¹²⁷ *Nordegg Decision*, *supra* note 90, par. 2, lignes 16-19.

¹²⁸ *Nordegg Decision*, *supra* note 90, par. 2, lignes 27-29.

¹²⁹ *Orphan Well Association*, *supra* note 2, par 41 : [traduction] « Un permis autorisant certaines activités délivré par l'AER ne constitue ni un “bien” ni un “bien réel”. Contrairement à la décision des tribunaux britanniques dans *Celtic Extraction*, *supra* note 74, où le juge Neuberger a statué qu'un permis de gestion des déchets constituait un « bien onéreux » auquel il était possible de renoncer en vertu de l'article 178 de l'*Insolvency Act, 1986*. Le permis de gestion des déchets se rapproche davantage des permis délivrés par l'AER que les permis de pêche prévoyant des contingents dont il est question dans *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, qui constituaient effectivement un « profit à prendre ».

LFI¹³⁰. En outre, le juge a statué qu'en raison de la renonciation et de l'article 14.06(4) LFI, le séquestre ne pouvait être contraint d'utiliser les montants disponibles dans l'actif pour se conformer à des ordonnances imposant la décontamination de biens auxquels il avait renoncé¹³¹.

Le raisonnement du juge Jones dans *Nordegg* indique clairement que l'article 14.06(4) LFI est essentiellement une disposition limitant la responsabilité et permettant de distinguer les réclamations sur les actifs auxquels on a renoncé¹³². On peut raisonnablement conclure qu'un bien sur lequel il y a eu renonciation est soustrait de l'actif sous séquestre et que toute réclamation s'y rapportant est une réclamation non garantie contre l'actif, dans la mesure où cette réclamation ne peut être acquittée par le bien auquel on a renoncé¹³³.

Fait intéressant, dans *Alberta Energy Regulator v. Lexin Resources Ltd et al.* (ABQB), l'AER, en sa qualité de créancier garanti de Lexin Resources Ltd. (« Lexin »), en invoquant l'article 103 de l'*Oil and Gas Conservation Act*, a demandé la nomination d'un séquestre en vertu de l'article 243 LFI¹³⁴. Le 22 mars 2017, avant la décision rendue dans *Orphan Well Association*, l'ordonnance de séquestre a été rendue et le séquestre a été investi du pouvoir :

[Traduction]

- a) de prendre possession du bien et de le prendre en charge, à l'exception de la prise de possession et de la prise en charge physique de tout puits de pétrole ou de gaz, pipeline, installation ou site de Lexin réglementé par l'AER (« les sites et les sites abandonnés ») et de tout produit, recette ou débours découlant du bien. Par souci de clarté, le séquestre a des pouvoirs limités en ce qui concerne le bien en lien avec les sites et les sites abandonnés comme il est précisé dans la présente ordonnance, mais il n'a pas le pouvoir de prendre possession des sites et des sites abandonnés ni d'exercer une prise en charge physique sur eux;
- b) d'exercer tout pouvoir qui lui est conféré par l'article 14.06 LFI¹³⁵;

Après la communication de la décision dans *Orphan Well Association*, le séquestre a obtenu une ordonnance de séquestre « élargie » modifiant le paragraphe 5b), qui donnait au séquestre le pouvoir inconditionnel [traduction] « de renoncer aux intérêts du débiteur dans tout bien ou de

¹³⁰ *Nordegg Decision*, *supra* note 90, par. 4, lignes 11-18 : [traduction] « Comme je l'ai déjà souligné, le paragraphe 14.06(4) n'est pas un paragraphe habilitant et il ne définit pas les pouvoirs de renonciation conférés au séquestre. La common law et les dispositions de la LFI confèrent généralement ces pouvoirs. »

¹³¹ *Nordegg Decision*, *supra* note 90, par. 2, lignes 31-36 : [traduction] « L'article 14.06(4) n'a pas pour effet de donner ou d'enlever le pouvoir de renoncer à des biens. À mon humble avis, il régit plutôt la responsabilité personnelle d'un séquestre relativement à la décontamination par rapport à diverses considérations temporelles. En fait, ce paragraphe reconnaît implicitement le droit de renonciation du séquestre en mentionnant l'abandon et la renonciation. »

¹³² *Nordegg Decision*, *supra* note 90, par. 4, lignes 11-18.

¹³³ Voir aussi *Alberta Treasury Branches v. Regent Resources Ltd*, dossier de la cour n° 1601-16147 ABQB.

¹³⁴ *Alberta Energy Regulator v. Lexin Resources Ltd et al.*, dossier de la cour n° 1701-03460 ABQB (« *Lexin Resources* »).

¹³⁵ *Ibid.*, par. 3 de l'ordonnance de séquestre rendue le 20 mars 2017 par le juge Jeffrey.

s'en départir¹³⁶ ». À ce jour, le séquestre n'a renoncé à aucun bien de Lexin puisque l'AER avait déjà classé, avant sa nomination, la plupart de ceux-ci comme des sites orphelins.

En attendant la décision sur l'appel en cours devant la CSC dans *Orphan Well Association* et malgré les différences par rapport au libellé utilisé dans les modèles normalisés d'ordonnance, l'ordonnance de séquestre rendue dans *Lexin Resources* équivaut à une reconnaissance officielle par les tribunaux de l'Alberta que les séquestres sont autorisés à renoncer à un droit sur tout bien et non seulement sur les biens réels.

B. CONTRATS

La renonciation à un intérêt dans un contrat exécutoire, ou à une obligation en découlant, constitue sans doute le deuxième type de renonciation à un bien le plus litigieux, après la renonciation à un bien réel. Le pouvoir de résilier une entente existe depuis au moins 1794, mais il n'y a encore aucune justification cohérente à l'appui de l'exercice de ce pouvoir¹³⁷. En pratique, les tribunaux du Canada, de la Grande-Bretagne et des États-Unis se contentent généralement d'approuver l'exercice de ce pouvoir de résiliation sans tenir compte de son « fondement stratégique sous-jacent »¹³⁸. La politique uniforme qui sous-tend cette renonciation consiste à soustraire l'actif de l'exécution d'obligations contractuelles qui diminuent ou diminueront les montants qui seraient autrement distribués aux intervenants y ayant droit.

La probabilité de résilier un contrat est directement liée au coût net pour s'y conformer¹³⁹. Les fonctionnaires du tribunal ont depuis longtemps le pouvoir de renoncer à un intérêt dans un bail onéreux ou défavorable, mais un différend important est survenu dans la pratique de l'insolvabilité au Canada quant à savoir si un syndic pouvait résilier un contrat exécutoire contraignant en l'absence d'une disposition législative l'y autorisant¹⁴⁰. L'approbation de la résiliation d'un contrat en particulier par le tribunal variait de province en province et selon le juge président l'audience, ce qui créait une grande incertitude concernant le droit du syndic de pouvoir le faire.

¹³⁶ *Ibid.*, par 5b) de l'ordonnance de séquestre rendue de consentement le 13 juin 2017 par la juge Eidsvik. Voir aussi « Canadian Regulator Adds More Uncertainty », *supra* note 63.

¹³⁷ « Rejection of Executory Contracts », *supra* note 10, p. 467.

¹³⁸ « Rejection of Executory Contracts », *supra* note 10, p. 467.

¹³⁹ Voir A. McKnight, « Insolvency of a Group of Companies Under English Law: Disclaimer of Unprofitable Contracts, Subordination of Claims, Restrictions Upon Proving and the Rule in *Cherry v. Boulton* », *Pratt's Journal of Bankruptcy Law*, vol. 2, 2006, p. 167, qui traite du concept de contrat onéreux sous le régime du droit britannique. Par exemple, pour être à titre onéreux, un contrat devrait imposer des obligations financières permanentes, donner lieu à d'éventuelles obligations ou exiger un rendement sur une période de temps considérable. Il n'est pas suffisant qu'un contrat désavantage simplement les créanciers pour être onéreux.

¹⁴⁰ Voir *Armada Properties Ltd v. 700 King Street (1997) Ltd.*, 2001 25 CBR (4^e) 198 ONSCJ (rôle commercial), par. 11 (« *Armada* ») : [traduction] « Quant au deuxième argument, une incertitude entoure depuis longtemps les circonstances dans lesquelles un syndic peut résilier un contrat conclu par un débiteur avant sa faillite ». Contrairement à *Bayhold Financial v. Clarkson*, 1991 10 CBR (3^e) 159 NSCA, décision selon laquelle la loi est claire : un séquestre n'est pas lié par les contrats existants conclus par le débiteur. Voir aussi *Potato Distributors Inc v. Eastern Trust Co.*, 1955 35 CBR 161 (PEICA) et *North America Steamships Ltd*, 2007 BCSC 267, par. 16-18 (« *Steamships* »). Contrairement à *Alberta Health Services v. Network Health Inc*, 2010 ABQB 373, par. 49-51 (« *Network Health* »), où la juge Romaine a conclu que *Steamships* [traduction] « n'établit aucune règle générale selon laquelle un séquestre doit confirmer ou résilier un contrat conclu antérieurement par un débiteur ».

Par exemple, dans *Erin Features No 1 Ltd*, 1991 CarswellBC 498 BCSC, Modern Cinema Marketing Ltd. (« MCM ») a conclu une entente de commercialisation avec Erin Features #1 Ltd. (« EFL ») avant la faillite de cette entreprise. Elle avait fait un investissement substantiel dans la production du film faisant l'objet d'une entente afférente¹⁴¹. Le syndic a tenté de résilier cette entente de commercialisation en se fondant sur une interprétation de la common law puisque la *Loi sur la faillite* ne renfermait alors aucune disposition explicite autorisant un syndic à résilier un contrat (sauf un bail)¹⁴².

En common law, le pouvoir de résiliation reposait sur l'affirmation de la juge Wilson dans *Salok Hotel Co*, 1967 CarswellMan 4 MBQB :

[Traduction]

La faillite en soi n'entraîne pas la résiliation d'un contrat. Les biens du failli sont dévolus au syndic de faillite et, en ce qui concerne les contrats exécutoires conclus par le failli que le syndic est en mesure d'exécuter (ce qui comprendrait bien évidemment tout bail non échu), il peut choisir de les honorer ou de les résilier... – *Stead Lumber Company Limited v. Lewis*, 1957, 37 CBR 24, par. 34, 3 Canadian Abridgments (2^e) 1001 et *Loi sur la faillite*, LRC 1952, ch. 14, par. 41(5) et (6). [Nos soulignements.]

En outre, le juge Donald a conclu qu'un passage de l'ouvrage *Bankruptcy in Canada* appuyait l'argument du syndic :

[Traduction]

La loi canadienne ne renferme aucun article équivalent à l'article 54 de la loi britannique, qui confère au syndic le droit de résilier des contrats onéreux ou de renoncer à des biens onéreux. Les dispositions de la *Loi sur la faillite* à cet égard seront les mêmes que celles de la loi britannique avant l'adoption de la Loi de 1869 (...) Selon la *Loi sur la faillite*, il semble qu'un syndic peut, à sa discrétion, exécuter un contrat conclu par le failli ou le résilier en vertu du droit que lui confère la common law (...)¹⁴³ [Nos soulignements.]

À l'opposé, MCM faisait valoir que le syndic n'avait pas acquis plus d'intérêt dans l'actif que détenait déjà le débiteur au moment de sa faillite¹⁴⁴. Le juge Donald était d'accord avec MCM sur le fait qu'EFL avait cédé ses biens avant la faillite et que l'entente ne faisait donc pas partie du type de contrats pouvant être résiliés par les syndics¹⁴⁵. Il convient de noter que le juge Donald a présumé, sans toutefois statuer sur la question, qu'un syndic avait le droit de renoncer à un intérêt

¹⁴¹ *Erin Features*, par. 2.

¹⁴² *Ibid.*, par. 4.

¹⁴³ Duncan et Honsberger, *Bankruptcy in Canada*, 3^e éd., 1961, p. 333-334 (« *Bankruptcy in Canada* »). Voir aussi *Sneezum; Ex parte Davis*, 1876 3, ch. D 463 (CA), par. 472, où le juge James a reconnu, en common law, que les cessionnaires dans une faillite avaient l'option de décider s'ils poursuivraient ou non l'exécution d'un contrat exécutoire.

¹⁴⁴ *Erin Features*, *supra* note 141, par. 3.

¹⁴⁵ *Erin Features*, *supra* note 141, par. 3.

dans un contrat exécutoire, indiquant que moins de 30 ans auparavant, la question de savoir si les syndics avaient le droit de résilier des ententes exécutoires demeurerait en suspens¹⁴⁶.

En autorisant les syndics à renoncer à un intérêt dans une entente, on irait dans le sens de la politique sous-jacente à un acte de résiliation, peut-être même davantage que dans le cas des séquestres. Au moment de la faillite, l'intérêt du débiteur dans une entente est dévolu au syndic. Contrairement au séquestre, il n'a généralement pas à se préoccuper de poursuivre les opérations d'une entreprise et résiliera généralement toutes les ententes¹⁴⁷. En dépit de l'absence étonnante d'un pouvoir contraignant, les tribunaux canadiens ont maintenant accepté que ces deux types de fonctionnaires du tribunal aient le droit, en common law, de résilier des contrats exécutoires. La grande question qui se pose maintenant a trait aux types de contrats qu'il est possible de résilier¹⁴⁸.

i) CONTRATS EXÉCUTOIRES

Les contrats exécutoires et les baux sont les deux principaux types de contrats résiliés par les fonctionnaires du tribunal. Ces derniers doivent décider dans un délai raisonnable après leur nomination s'ils confirmeront les ententes conclues par le débiteur ou s'ils y renonceront¹⁴⁹. Étant donné que les séquestres sont généralement les seuls à commercialiser et à vendre des entreprises, permettant ainsi la continuité de leur exploitation, ils sont les principaux intervenants visés par la majorité des constats et de la jurisprudence.

Dans le cadre de leurs fonctions, les séquestres sont souvent appelés à faire des choix d'affaires difficiles qui exigent notamment une analyse rigoureuse des bénéfices nets de leur conduite et la prise en compte de points de vue divergents, voire inconciliables¹⁵⁰. Sur ce point, *Bennett on Receivership* indique :

[Traduction]

Si la cause s'y prête, le séquestre peut demander au tribunal de rendre une ordonnance pour résilier ou modifier un contrat onéreux, y compris un bail immobilier ou de biens meubles. Si le séquestre est autorisé à résilier ce type de contrat conclu entre le débiteur et un tiers, ce dernier peut déposer une réclamation en dommages-intérêts et prétendre à compensation à même toute somme d'argent qu'il doit au débiteur. Si le séquestre nommé par le tribunal peut démontrer que la résiliation de contrats existants n'a aucune incidence négative sur l'achalandage du débiteur, le tribunal pourra lui ordonner de ne pas exécuter le contrat même si le débiteur pourrait être tenu responsable des dommages-intérêts en cas de

¹⁴⁶ *Erin Features*, supra note 141, par. 3. Voir aussi *New Skeena CA*, supra note 25, par. 31. Ce jugement plus récent affirme que la common law confère aux syndics le droit de résilier des ententes.

¹⁴⁷ *Erin Features*, supra note 141, par. 6.

¹⁴⁸ Après la prise en compte du bénéfice net pour l'actif, le fonctionnaire du tribunal devra déterminer s'il confirmera, cédera ou résiliera une entente. Les fonctionnaires du tribunal ne sont pas tenus de confirmer ou de résilier un contrat dès leur nomination, mais ils ne peuvent pas ne rien faire. S'ils ne font rien, la contrepartie au contrat pourrait être en droit de supposer que le contrat prend fin. Il est aussi possible que le fonctionnaire du tribunal soit présumé avoir accepté le contrat. Voir *Thompson Knitting Co Ltd*, 1925 2 DLR 1007 ONCA, par. 6.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ravelston*, supra note 38, par. 40.

résiliation. S'il y a lieu de croire que les biens du débiteur suffiront vraisemblablement à rembourser la dette envers le détenteur d'une sûreté, il est possible que le tribunal n'autorise pas le séquestre à résilier un contrat puisque le débiteur pourrait ainsi faire l'objet d'une réclamation en dommages-intérêts¹⁵¹. [Nos soulignements.]

Les séquestres sont autorisés à résilier un contrat, mais non de façon arbitraire¹⁵². Ils doivent agir selon des pratiques commercialement raisonnables s'ils veulent résilier un contrat, car [traduction] « on pourrait alléguer qu'ils auraient pu obtenir davantage en exécutant le contrat au lieu de le résilier ou qu'ils ne se sont pas acquittés de leurs obligations en dilapidant les biens du débiteur »¹⁵³. Par conséquent, il incombe au séquestre de justifier toute résiliation proposée au moyen d'une analyse coûts-bénéfices de ladite résiliation¹⁵⁴.

Les fonctionnaires du tribunal peuvent uniquement résilier des ententes exécutoires. Les parties contractantes et les tribunaux examinent presque toujours les contrats afin d'être en mesure de déterminer s'il s'agit de contrats exécutoires. Selon la définition simple de l'expression, un contrat exécutoire est un contrat contenant certaines obligations qui n'ont pas encore été exécutées. En 2002, le groupe de travail conjoint sur la réforme du droit de l'insolvabilité, composé de représentants de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation, a défini plusieurs types de contrats considérés comme des contrats exécutoires et pouvant être résiliés :

[Traduction]

- a) un contrat de construction non terminé en vertu duquel le client accepte de payer l'entrepreneur au fur et à mesure de l'avancement des travaux;
- b) une entente de distribution ou un autre contrat pour la fourniture occasionnelle de biens ou de services pour lesquels le fournisseur facture périodiquement le client;
- c) un bail immobilier ou un contrat de location de biens meubles en vertu duquel le locataire paie des loyers périodiques;
- d) un accord de licence visant une technologie en vertu duquel le concédant de licence accepte de l'entretenir et d'en assurer la mise à jour tandis que le titulaire de licence paie périodiquement des redevances; et
- e) un contrat d'emploi¹⁵⁵.
- f)

¹⁵¹ Cité dans *bcIMC Construction Fund Corp v. Chandler Homer Street Ventures Ltd*, 2008 BCSC 897, par. 53 (« *bcIMC* »), 2^e éd., Toronto, Carswell.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Rassell, supra* note 45, par. 32 : [traduction] « Un syndic de faillite qui demande la ratification de ses agissements (et non celui qui adopte une position neutre) devrait fournir explicitement sous serment les raisons à l'origine de sa conduite de façon à ce que le tribunal sache à quoi s'en tenir ».

¹⁵⁵ *Business Insolvency Law Reform Report*, p. 44.

Il subsiste des désaccords quant à savoir si les deux parties doivent avoir des engagements non exécutés pour qu'un contrat soit exécutoire ou s'il suffit qu'une seule d'entre elles ait encore des obligations à remplir¹⁵⁶.

Dans *Kary Investment Corp v. Tremblay* (« *Kary* »), 2005 ABCA 273, la juge Russell a conclu qu'un contrat est exécutoire si une partie doit encore s'acquitter d'obligations de résultats¹⁵⁷. Elle a souligné que [traduction] « on a dit aussi que tous les contrats sont, dans une certaine mesure, plus ou moins exécutoires. Quand ce n'est plus le cas, ils cessent d'être des contrats¹⁵⁸ ».

Dans *677960 Alberta Ltd v. Petrokazakhstan Inc* (« *Petrokazakhstan* »), 2009 ABQB 50, le juge MacLeod s'est demandé si une garantie constituait un contrat exécutoire conformément à un plan d'arrangement déposé sous le régime de la LACC¹⁵⁹. Petrokazakhstan (« PKI ») faisait valoir qu'un contrat exécutoire est un contrat où les deux parties doivent encore avoir des obligations de résultat non remplies¹⁶⁰. Le juge était d'accord avec cette position, mais il devait déterminer si le contrat en l'espèce était exécutoire conformément au plan d'arrangement et non de façon générale¹⁶¹. Cette décision s'écarte du raisonnement de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Kary* compte tenu du type d'entente en question et qu'il s'agissait d'une entreprise en opération.

Dans *West Bay Son Ship Yachts Ltd*, 2009 BCCA 31, la juge Levine a conclu qu'un contrat d'emploi était un contrat exécutoire, car les deux parties devaient encore s'acquitter d'obligations¹⁶². Il y avait un contentieux quant à savoir si l'entente était véritablement exécutoire, mais la juge a souligné qu'elle n'avait pas à déterminer quelle définition retenir de « contrat exécutoire », car le contrat en question pouvait répondre à l'une ou l'autre définition¹⁶³.

Compte tenu de l'étendue du mandat des fonctionnaires du tribunal, on peut raisonnablement conclure qu'un contrat devrait être considéré comme étant exécutoire aux fins d'une renonciation jusqu'à ce que toutes les obligations importantes qui y sont prévues n'aient été remplies. Quoiqu'il en soit, un fonctionnaire du tribunal résilierait probablement une entente uniquement lorsque le débiteur doit encore s'acquitter de certaines obligations en vertu de cette entente, peu importe si l'autre partie a rempli ou non ses obligations. Tout contrat où le débiteur se serait acquitté de ses

¹⁵⁶ Voir *SW MacKay & Associates Ltd v. Park Lane Ventures Ltd* 1997 32 BCLR (3^e éd.) 338 BCSC (en chambre) pour une définition des termes « contrat exécuté » et « contrat exécutoire ». Dans cette affaire, le juge Burnyeat a conclu qu'un contrat était exécutoire lorsque les deux parties devaient encore s'acquitter de certaines obligations.

¹⁵⁷ *Kary*, par. 19-20.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 19.

¹⁵⁹ *Petrokazakhstan*, par. 46.

¹⁶⁰ *Ibid.*, par. 36.

¹⁶¹ *Ibid.*, par. 42.

¹⁶² *West Bay*, par. 34. Voir aussi *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies – Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce*, 2003, p. 144 – publications.gc.ca/collections/collections_2011/sen/yc11-0-/YC11-0-372-15-fra.pdf; et Janis Sarra, *Rescue!: The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 2013, p. 423-464.

¹⁶³ *West Bay*, *supra* note 162, par 33.

obligations constituerait un actif (c'est-à-dire un compte client) qui n'engendrerait aucun coût autre que celui de son recouvrement, le cas échéant¹⁶⁴.

Contrairement au droit en général conféré au séquestre de renoncer à un intérêt dans des biens réels, certaines restrictions ont été imposées au fonctionnaire du tribunal quant à sa capacité de résilier des ententes exécutoires. Il y a toujours un tiers qui sera directement touché par la décision du fonctionnaire du tribunal de ne pas donner suite aux obligations du débiteur, ce qui n'est pas le cas lors de la renonciation à un bien réel ou un bien meuble. Les tribunaux seront particulièrement sensibilisés à toute tentative de renoncer à un intérêt dans une entente qui serait préjudiciable aux parties. Comme point de départ, les fonctionnaires du tribunal n'ont généralement pas le droit de résilier les types d'entente suivants :

- a) un contrat financier admissible¹⁶⁵;
- b) une convention collective¹⁶⁶;
- c) un accord de financement au titre duquel l'entreprise est l'emprunteur; ou
- d) un bail de location d'un bien réel ou immobilier lorsque l'entreprise en est le locateur¹⁶⁷.

En outre, les contrats conférant un droit de propriété (par exemple les contrats de location-acquisition), un intérêt dans un terrain ou une sûreté ne peuvent être résiliés, car le bien ou l'intérêt en question aura déjà été grevé ou dévolu à l'autre partie¹⁶⁸. C'est la principale conclusion du juge

¹⁶⁴ F. Oditah, « Assets and the treatment of claims in insolvency », *Law Quarterly Review*, vol. 108, 1992, p. 459-474 : [traduction] « En cas d'insolvabilité, les obligations non remplies de la partie insolvable constituent un passif, tandis que celles de l'autre partie constituent un actif qui peut ou non être disponible aux fins de distribution entre les créanciers du débiteur insolvable ».

¹⁶⁵ Pour comprendre ce qui constitue un contrat financier admissible, voir K. Bourassa, *Les contrats financiers admissibles dans le régime d'insolvabilité au Canada*, 2006 – https://cairp.blob.core.windows.net/media/38965/10-file_CI_930_FR_MRPCIF_final_KJBgc.pdf; voir aussi R. Anderson et K. Bourassa, *What are eligible financial contracts?*, 3 juin 2008 – <http://www.mondaq.com/canada/x/61410/Insolvency+Bankruptcy/What+Are+Eligible+Financial+Contracts>.

¹⁶⁶ À l'heure actuelle, les fonctionnaires du tribunal n'ont pas la capacité de résilier une convention collective. Toutefois, dans le cadre de l'examen parlementaire de la LFI et de la LACC effectué en 2003, le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé que les tribunaux supervisant la restructuration d'entreprises soient habilités à permettre la résiliation des conventions collectives – voir *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau*, *supra* note 162, p. xxi. Dans son rapport, le comité suggère également que le droit prévu par la LFI de renoncer à un intérêt dans un bail immobilier s'applique à toutes les procédures de faillite et d'insolvabilité.

¹⁶⁷ Les articles 65.11(10) et 32(9) LFI interdisent explicitement la résiliation de ces types de contrats. Ils ne s'appliquent pas directement à la conduite des séquestres et des syndics mais, compte tenu de la politique qui sous-tend cette interdiction, on peut raisonnablement conclure qu'un tribunal considérerait ces types de contrats comme en étant exemptés dans la plupart, voire la totalité des procédures d'insolvabilité. Voir *Network Health*, *supra* note 140, par. 51.

¹⁶⁸ Voir *1565397 Ontario Inc*, 2009 CarswellOnt 3614 ONSCJ, par. 60 (« 156 »), où le séquestre nommé par le tribunal a demandé l'autorisation de renoncer à un droit de propriété. Le juge Wilton-Siegel a rejeté sa requête, affirmant : [traduction] « Je ne connais aucune loi qui permet à un tribunal d'autoriser un séquestre à renoncer de cette façon à un droit de propriété sur un terrain. Une telle renonciation à ce type d'intérêt dans le bien en question aurait pour effet de retourner à «156» son intérêt dans ce bien. Cette mesure équivaut à exproprier les biens du défendeur en faveur de créanciers subordonnés ou non garantis de «156 ».

Donald dans *Erin Features* et ce principe a constamment été confirmé¹⁶⁹. Il est également important pour les fonctionnaires du tribunal de déterminer si une entente d'achat ou de location de propriété intellectuelle assujettie à des lois étrangères accorde un droit de propriété sur ce bien, car cela pourrait réduire leur capacité de résilier l'entente au Canada¹⁷⁰.

Malgré le postulat selon lequel on ne pourrait renoncer à des contrats non exécutés prévoyant le transfert d'un intérêt dans un bien, le tribunal pourrait, dans certaines circonstances, tenter de parvenir à un compromis. Dans la mise sous séquestre de Phenomenome Discoveries Inc. et de Phenomenome Laboratory Services Inc, 1639 de 2015 SKQB, le juge Meschishnik de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a adopté une approche unique en son genre à l'égard d'une entente accordant un droit de veto sur la vente de biens visés par l'entente¹⁷¹. Le séquestre était censé céder à un éventuel acheteur les biens visés par une entente (biens matériels et propriété intellectuelle) conclue entre le débiteur et le principal créancier garanti. Comme dans un droit de premier refus typique, le droit de veto exigeait que le débiteur – et le séquestre – avisent le créancier garanti de toute transaction projetée, qui pourrait alors l'approuver ou la refuser¹⁷². Les juges en chambre se sont demandé si le contrat était exécutoire ou exécuté car, outre les clauses de confidentialité, il y avait peu d'obligations non satisfaites à part celle incombant au débiteur de respecter le droit de veto.

Le séquestre a déposé au tribunal une requête pour directives concernant sa capacité de renoncer au droit de veto prévu au contrat d'achat/vente qui serait alors exécutée. Le juge Meschishnik a conclu que le droit de veto formait une entente distincte du contrat d'achat/vente et qu'il pouvait faire l'objet d'une renonciation en soi¹⁷³. Conformément à la jurisprudence, le juge Meschishnik a confirmé que les fonctionnaires du tribunal ne peuvent résilier une entente ayant accordé un droit de propriété¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Voir *bcIMC*, *supra* note 151, et 156, *supra* note 168. On ne peut résilier des contrats accordant des intérêts dans un terrain ou ayant donné lieu à un transfert de propriété. Il est donc légitime de se demander si les accords de fiducie peuvent être résiliés lorsque le débiteur est le fiduciaire. En outre, les tribunaux peuvent chercher à déterminer si le droit de propriété dans un contrat d'achat / vente a été transféré : *Armdale*, *supra* note 140, par. 12. Voir *Pope & Talbot Ltd*, 2008 BCSC 1000, par. 27-29, concernant la thèse selon laquelle, avant qu'un acheteur puisse obtenir le statut de « véritable propriétaire », les parties doivent en avoir acquis la « certitude ». Dans le présent cas, il n'y a pas eu consensus à cet effet en date de la mise sous séquestre.

¹⁷⁰ Voir la procédure d'exécution dans l'affaire civile *A Priori Equity Partners Inc v. C4i Consultants Inc et al*, dossier de la cour n° 701-05048 ABQB, où une partie à une entente avec le débiteur s'est opposée aux conditions d'une ordonnance d'approbation et de dévolution demandant la dévolution de certains droits de propriété intellectuelle libres et quittes des droits de licence pour son utilisation. L'entente dans ce cas était assujettie au droit américain et l'on a fait valoir qu'elle pourrait avoir créé un droit de propriété n'existant pas en droit canadien. Voir aussi *T. Eaton Co*, 1999 CarswellOnt 3542 SCJ., par. 11-12, *Phenomenome*, *supra* note 37, par. 19-21 et *Royal Bank of Canada v. Body Blue Inc*, 2008 CarswellOnt 2445 SCJ. par. 15, 17 et 24, à l'appui de la position selon laquelle une licence de propriété intellectuelle ne constitue pas un droit de propriété au Canada. Contrairement à A. Duggan, *The Status of Intellectual Property Licences in Insolvency Proceedings*, oct. 2016 – <http://www.sufficientdescription.com/2016/10/the-status-of-intellectual-property.html>.

¹⁷¹ (non cité), par. 4.

¹⁷² *Ibid.*, par. 3.

¹⁷³ *Ibid.*, par. 18.

¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 8. Voir aussi *CareVest Capital Inc v. CB Development 2000 Ltd*, 2007 BCSC 1146, par. 10 et 28.

Outre les types de contrat bien établis susmentionnés, les tribunaux ont conclu à maintes reprises que les fonctionnaires du tribunal doivent se préoccuper de considérations d'équité au moment de déterminer s'ils résilieront ou non une entente¹⁷⁵. Le concept de « considérations d'équité » demeure indéfini et constitue une défense courante pour les parties qui s'opposent à la résiliation éventuelle de leur entente. Soulignons que les considérations d'équité doivent être examinées dans le cadre de l'obligation d'un fonctionnaire du tribunal de gérer les biens du débiteur en toute honnêteté et de bonne foi et selon des pratiques commercialement raisonnables. Si les considérations d'équité ont été dûment prises en compte, elles n'infirmeront pas souvent une décision commercialement raisonnable prise par un fonctionnaire du tribunal.

La décision rendue dans *Bank of Montreal v. Probe Exploration Inc*, 2000, 33 CBR (4^e) 173 ABQB, est un exemple où les considérations d'équité l'ont emporté sur l'intérêt commercial¹⁷⁶. Dans cette affaire, le juge Fraser a refusé d'approuver la résiliation de trois contrats par un séquestre alors qu'avant la mise sous séquestre, Probe Exploration Inc. (« Probe ») avait vendu une installation de traitement et garanti la livraison de quantités minimales de matières premières à l'usine en question. Probe avait également accordé un droit de premier refus à la Midcoast Canada Operating Corporation (« Midcoast »), qui exploitait cette installation de traitement, pour la prise en charge de la fourniture de tout autre service de gaz dont Probe avait besoin¹⁷⁷.

Le séquestre a soutenu que la résiliation des trois contrats accroîtrait la valeur des intérêts de Probe dans certains immeubles producteurs de gaz pour le bénéfice de la masse des créanciers¹⁷⁸. Il a en outre fait valoir qu'il n'était pas tenu d'honorer ces ententes parce que Probe ne disposait d'aucun achalandage qu'il avait l'obligation de sauvegarder¹⁷⁹.

Le juge Fraser a convenu que le maintien des contrats réduisait la valeur des biens de l'actif, mais il n'a pas approuvé leur résiliation. Il a fondé sa décision sur le fait que la résiliation proposée était inéquitable¹⁸⁰. Plus précisément, le juge Fraser estimait inéquitable le fait que la résiliation proposée aurait notamment privé Midcoast des droits qu'elle avait négociés¹⁸¹. Effectivement, cette résiliation aurait converti les réclamations garanties de Midcoast en réclamations non

¹⁷⁵*New Skeena Forest Products Inc v. Kitwanga Lumber Co*, 2004 BCSC 1818, par. 22; *New Skeena CA*, *supra* note 25, par. 20; *Royal Bank v. Melvax Properties Inc*, 2011 ABQB 167, par. 3. Voir aussi *144 Park Ltd*, 2015 ONSC 6735, par. 21-24, où le juge Newbould a empêché l'annulation d'un achat prévu dans une entente de pré achat pour certains appartements d'un immeuble détenu en copropriété. Selon lui, le remboursement proposé par le syndic ne compensait pas les parties pour les coûts irrécupérables qu'ils avaient déjà engagés.

¹⁷⁶ *Probe QB*, par. 39. Voir aussi *Bank of Montreal v. Probe Exploration Inc*, 2000, 33 CBR (4^e) 182 ABCA (« *Probe CA* »).

¹⁷⁷ *Ibid.*, par. 15. Voir aussi *Sabine Oil & Gas Corp*, 547 BR 66 2016, où le juge Shelley Chapman de la cour du district sud de New York a adopté l'approche contraire et autorisé la résiliation de certaines ententes de transport de gaz par un débiteur insolvable dans des procédures sous le régime du chapitre 11. Le juge Rakoff de la cour de district des États-Unis pour le district sud de New York a confirmé la décision en appel.

¹⁷⁸ *Probe QB*, *supra* note 176, par. 26.

¹⁷⁹ *Probe QB*, *supra* note 176, par. 20, 27 et 32.

¹⁸⁰ *Probe QB*, *supra* note 176, par. 37.

¹⁸¹ *Probe QB*, *supra* note 176, par. 37.

garanties pour les dommages-intérêts causés par la résiliation¹⁸². Le juge Fraser a conclu que cette façon de procéder au bénéfice de l'une des parties n'était ni équitable ni juste dans les circonstances¹⁸³. La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé cette décision à l'unanimité¹⁸⁴.

Dans *Probe*, la résiliation avait été proposée pour des raisons d'ordre économique et reposait sur une analyse financière approfondie du coût de maintien des ententes. Elle aurait ramené le statut de Midcoast de créancier garanti à celui de créancier non garanti. Midcoast avait peu de chances de recouvrer son investissement, mais la résiliation proposée dans les circonstances était indéfendable. Il faut comprendre que les circonstances entourant ce dossier étaient tout à fait exceptionnelles et les considérations d'équité justifiaient le refus, par le tribunal, de la résiliation proposée par le séquestre.

Le juge Wilton-Siegel a repris cette position dans *Romspen Investment Corp v. Horseshoe Valley Lands Ltd*, 2017 ONSC 426. Il a alors conclu que la question au cœur de toute requête en résiliation d'un contrat consiste à savoir si une partie cherche à améliorer la position qu'elle détenait avant le dépôt de la procédure en résiliant ce contrat¹⁸⁵. Cette question facilite l'application de la norme qui doit servir à évaluer le caractère équitable d'une transaction pour les parties¹⁸⁶. Dans ce dossier, le juge Wilton-Siegel a souligné que le droit du séquestre de renoncer à un intérêt dans une entente dépendra, entre autres, de la nature de l'intérêt (c'est-à-dire s'il s'agit d'un intérêt contractuel ou d'un droit de propriété), des priorités relatives des créanciers et de l'application de la doctrine de l'ordonnancement, le cas échéant¹⁸⁷.

Manipuler ses points de vue est propre à tout acte de résiliation visant à atténuer des responsabilités et doit nécessairement permettre d'en apprécier la justesse. Il est important de reconnaître que l'obligation d'agir de manière équitable doit être exercée en fonction des priorités respectives des créanciers et dans un objectif de maximisation de l'actif¹⁸⁸.

Par conséquent, l'objectif d'une résiliation devrait reposer sur la négociation d'un accord spécifique et sur l'incidence de la résiliation proposée sur les parties et l'actif¹⁸⁹. En cas d'incertitude quant à la pertinence de la résiliation proposée, les fonctionnaires du tribunal devraient alors présenter une requête pour directives ou encore obtenir l'approbation du tribunal¹⁹⁰.

¹⁸² *Probe QB*, supra note 176, par. 35.

¹⁸³ *Probe QB*, supra note 176, par. 37.

¹⁸⁴ *Probe CA*, supra note 176, par. 3.

¹⁸⁵ *Romspen*, par. 31.

¹⁸⁶ *Ibid.*, par. 31.

¹⁸⁷ *Ibid.*, par. 28.

¹⁸⁸ *Ibid.*, par. 28 et 32.

¹⁸⁹ *Ibid.*, par. 32 : [traduction] « Les faits à l'origine de la mise sous séquestre et son lien de causalité, entre le débiteur et tout demandeur de la mise sous séquestre, n'ont en soi aucune pertinence » lorsqu'il s'agit de déterminer si l'on devrait autoriser ou non la résiliation proposée.

¹⁹⁰ Voir *bcIMC*, supra note 151, par. 60 : [traduction] « Il faut prendre en compte la capacité de pouvoir mettre en marché tout ou une partie des biens, soit la capacité de "vendre, céder, transférer, louer, d'adjuger ou autrement disposer d'une partie ou de la totalité de ceux-ci" et la capacité de "demander une ordonnance de dévolution ou toute autre ordonnance nécessaire pour céder une partie ou la totalité des biens" afin d'autoriser le séquestre-gérant à résilier un contrat, dans la mesure où ce dernier en demande l'approbation du tribunal et où les titulaires des contrats sont

ii) BAUX

Les baux constituent un sous-ensemble de contrats exécutoires. La loi confère depuis longtemps aux fonctionnaires du tribunal le droit de renoncer à l'intérêt d'un débiteur locataire dans un bail lorsqu'il est logique de le faire du point de vue financier¹⁹¹. Comme c'est généralement le cas pour les autres contrats exécutoires, il est possible de renoncer à un intérêt dans un bail en donnant un avis ou simplement en ne faisant rien¹⁹². Les baux résiliables se divisent généralement en deux catégories :

[Traduction]

... les baux « sans valeur réelle » en raison de leur fin imminente ou à court terme, ou comportant des clauses restrictives et onéreuses qui en réduisent la valeur pour l'actif, ou des baux commerciaux comportant une clause escalatoire ou interdisant leur cession de sorte qu'ils ne sont pas avantageux pour l'actif...¹⁹³

Le débat sur les contrats exécutoires englobe la résiliation de baux par les séquestres. Toutefois, il y a des éléments particuliers à prendre en compte concernant les syndics compte tenu du pouvoir que leur confère l'article 30(1)k LFI et du débat sous-jacent quant à savoir si le droit de résilier des contrats en common law s'applique aussi aux baux¹⁹⁴. Cet article ne se limite pas aux biens réels. Il s'applique de façon générale à tout bail ou autre intérêt provisoire dans les biens du failli¹⁹⁵.

avisés de cette demande ». Ces propos du juge Burnyeat laissent entendre qu'un séquestre devrait toujours obtenir l'autorisation du tribunal avant de résilier une entente.

¹⁹¹ Les baux constituent un type de contrat exécutoire, mais ils sont traités différemment en vertu de la LFI. Voir *New Skeena CA*, *supra* note 25, par. 22.

¹⁹² Voir *Perimeter Transportation Ltd*, 2010 BCCA 509, par. 35-36, pour avoir un exemple de résiliation par inaction, et *Francis v. Landrigan*, 1990 CarswellNfld 11 NFLDSC, par. 18 (« *Landrigan* »), pour avoir un exemple de résiliation expresse.

¹⁹³ *Disclaiming Onerous Property in Insolvency*, *supra* note 13, p. 42.

¹⁹⁴ Voir *Sittuk Investments Ltd v. Aylen Estate*, 2002 CarswellOnt 3040 ONSCJ, par. 65 : [traduction] « Selon le demandeur, un syndic administrant la faillite d'un propriétaire failli peut résilier un bail en vertu de la common law et de l'article 30(1)k de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Les intimés affirment toutefois le contraire. » Voir aussi *IKON*, *supra* note 35, par. 8 : [traduction] « Les articles 30(1)k et 146 de la LFI confèrent au syndic le droit de résiliation. L'article 146 précise que les droits des propriétaires en cas de faillite sont déterminés conformément au droit de la province où sont situés les locaux loués. » Compte tenu de l'interprétation uniforme de l'article 30(1)k LFI, les syndics ont raison de présumer que les droits conférés par la loi l'emportent sur la nécessité d'invoquer un droit en common law pour renoncer à un intérêt dans un bail.

¹⁹⁵ Voir *Giffen*, 1998 1 SCR 91, par. 69, concernant la thèse selon laquelle l'article 30(1)k LFI ne trouvera pas application s'il est impossible de parfaire une sûreté sur les biens loués en vertu de la Loi sur les sûretés mobilières (PPSA).

Au moment de la faillite, l'intérêt d'un failli dans un bail et le contrat en vertu duquel cet intérêt est consenti sont dévolus au syndic¹⁹⁶. L'article 30(1)k) LFI autorise un syndic à renoncer à un intérêt dans un bail, mais uniquement lorsqu'il s'agit d'un bail immobilier où le failli est le locataire et non le propriétaire¹⁹⁷. En vertu de l'article 146 LFI, les droits d'un syndic en tant que propriétaire sont déterminés conformément au droit de la province où sont situés les locaux loués.

Si le droit provincial autorise le syndic à choisir de conserver, de céder ou de résilier un bail, l'article 30(1)k) LFI met à sa disposition l'outil législatif voulu pour exercer ce droit¹⁹⁸. Dans ce contexte, il diffère des articles 20 et 14.06(4) LFI du fait qu'il confère un droit statutaire au lieu de reconnaître un droit préexistant. Si le droit provincial ne confère pas le droit de renoncer à l'intérêt d'un bailleur, le syndic n'est pas autorisé à résilier un bail en vigueur et doit chercher à le céder, à négocier sa résiliation ou à se prévaloir de toute autre disposition législative provinciale à sa disposition¹⁹⁹.

Par exemple, dans *Business Development Bank*, le juge Penny a infirmé la décision du syndic de résilier tout intérêt du failli propriétaire dans un bail après avoir reçu une requête du locataire en vertu de l'article 37 LFI. Le syndic avait agi de la sorte dans le but d'augmenter la valeur de l'actif et de finaliser la vente des actifs, mais le juge Penny a déterminé que le droit provincial n'autorisait pas le syndic à agir de la sorte. Par conséquent, le syndic n'avait d'autre recours que de négocier avec le locataire un montant forfaitaire pour mettre fin prématurément à l'entente. Il est important de souligner que ceci s'applique probablement au droit de résilier des baux que confère la common law aux séquestres.

Il faut aussi considérer que l'effet d'une renonciation d'un intérêt dans un bail par un fonctionnaire du tribunal diffère d'une renonciation dans un bien réel. Contrairement à des biens réels, la renonciation à l'intérêt d'un locataire dans un bail n'entraîne pas la restitution de cet intérêt au débiteur (dans le cas d'une faillite). L'intérêt du locataire dans le bail prend plutôt fin dès la résiliation²⁰⁰.

En résumé, pour s'acquitter de l'obligation qui leur incombe d'agir selon des pratiques commercialement raisonnables, les fonctionnaires du tribunal ne devraient continuer à résilier des ententes que lorsque cette mesure présente véritablement un bénéfice net pour l'actif (si la loi les y autorise). S'ils ne cherchent pas à résilier en bonne et due forme une entente, les fonctionnaires du tribunal pourraient s'exposer aux contestations d'un créancier garanti ou d'une partie

¹⁹⁶ *Carpita Corp (Trustee of) v. Douglas Shopping Centre Ltd*, 1990 CarswellBC 375 BCSC, par. 13, et LFI, *supra* note 2, art. 71.

¹⁹⁷ *Business Development Bank v. Adventura II Properties Inc*, 2015 ONSC 5026, par. 18 (« *Business Development Bank* ») et *Palais des sports de Montréal ltée*, 1960 CarswellQue 25 QCCS. Les droits du propriétaire insolvable sont déterminés conformément au droit provincial, par exemple la *Landlord's Rights on Bankruptcy Act*, RSA 2000, ch. L-5, et la *Loi sur la location commerciale*, LRO 1990, ch. L.7.

¹⁹⁸ *Ikon*, *supra* note 35, par. 8.

¹⁹⁹ *Business Development Bank*, *supra* note 197, par. 26. Il est établi en droit depuis au moins 1960 que le pouvoir conféré au syndic par le paragraphe 30(1)k) LFI ne couvre pas la résiliation d'un bail au nom du propriétaire, à moins que le droit provincial n'accorde explicitement ce pouvoir.

²⁰⁰ *Cummer-Yonge Investments Ltd v. Fagot*, 1965 CarswellOnt 40 ONSC, par. 15, jugement confirmé dans *Cummer-Yonge Investments Ltd v. Fagot*, 1965 2 OR 157 ONCA, et *Landrigan*, *supra* note 192, par. 23.

insatisfait de leur façon de procéder. Il s'agit certes d'une question d'équilibre mais, du point de vue des pratiques commercialement raisonnables, une résiliation fondée sur l'hypothèse qu'elle sera avantageuse pour l'actif obtiendra généralement l'approbation du tribunal et celle des autres intervenants ayant un intérêt dans l'actif.

C. BIENS MEUBLES

Étonnamment, la question de la renonciation à un intérêt dans des biens meubles ne retient guère l'attention. Cette situation s'explique entre autres par le fait que ces biens peuvent n'avoir aucune valeur plutôt que d'être considérés comme onéreux (contrairement aux biens réels et aux contrats) et qu'ils seront soit vendus, détruits, offerts aux créanciers ou retournés au débiteur.

Depuis 1949, on observe un consensus concernant le principe sur lequel repose aujourd'hui l'article 30(1)a) LFI, à savoir que la loi autorise un syndic, avec la permission des inspecteurs, à vendre ou à aliéner tous les biens ou une partie des biens du failli à tel prix ou moyennant telle autre contrepartie que peuvent approuver les inspecteurs²⁰¹. L'ajout du terme « aliéner » permet d'englober la renonciation à un intérêt par abandon ou destruction. Dans le cas des biens meubles onéreux, comme un baril de produits chimiques non étanche, le syndic peut simplement en disposer dans un site d'enfouissement ou tout autre dépôt de déchets.

Outre les stratégies mentionnées à la partie III pour renoncer à des biens, le paragraphe 3(1) du modèle d'ordonnance de l'Alberta confère au séquestre le pouvoir de « céder » ou de « transférer » tout bien dans certaines limites prescrites. Au moment de la renonciation à un bien onéreux du débiteur, la contrepartie pour la cession ou le transfert devra nécessairement être en deça de ces limites prescrites. Lorsque le séquestre n'est pas autorisé à invoquer le paragraphe 3(1) pour renoncer à un bien, le paragraphe 3(s) l'autorise à prendre toute autre mesure accessoire prévue au modèle d'ordonnance de l'Alberta (y compris, sans doute, la renonciation au bien). À part de simplement permettre de se dégager de sa responsabilité à l'égard d'un bien, ces dispositions ont une portée assez vaste pour autoriser la renonciation ou la destruction d'un bien contraignant par le séquestre²⁰². Ce droit de disposer de biens meubles onéreux ou sans valeur ne semble guère limité. Une exception cependant: un syndic ne peut renoncer aux livres et aux registres qu'il est

²⁰¹ La common law permet de renoncer à un intérêt dans des biens meubles. Dans *Boutique d'animaux Yogi Inc*, 1993 CarswellQue 1038 QCCS, par. 3 et 6, le juge en chef Gomery a conclu : [traduction] « Si le syndic avait alors affirmé sans équivoque qu'il renonçait à tout intérêt dans la marchandise, les parties auraient été en mesure d'exercer les recours civils appropriés afin de faire déterminer leurs droits respectifs. » En pareil cas, tous les autres intervenants auraient été autorisés à faire valoir leurs droits sur ces biens si leur valeur résiduelle pouvait justifier les coûts des procédures d'exécution et de réalisation.

²⁰² Voir *bcIMC*, *supra* note 151, par. 60 : [traduction] « Il faut prendre en compte la capacité de pouvoir mettre en marché tout ou une partie des biens, soit la capacité de “vendre, céder, transférer, louer, d'adjuger ou autrement disposer d'une partie ou de la totalité de ceux-ci” et la capacité de “demander une ordonnance de dévolution ou toute autre ordonnance nécessaire pour céder une partie ou la totalité des biens” afin d'autoriser le séquestre-gérant à résilier un contrat, dans la mesure où ce dernier en demande l'approbation du tribunal et où les titulaires des contrats sont avisés de cette demande ».

tenu de conserver en vertu de l'article 68 des *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, CRC, ch. 368²⁰³.

Tout comme la renonciation aux biens réels et la résiliation des contrats, la renonciation aux biens meubles devrait reposer sur une analyse coûts/bénéfices. En règle générale, le fonctionnaire du tribunal ne devrait disposer uniquement que des biens meubles onéreux. Tout bien sans valeur entraînant des coûts administratifs minimales (y compris l'entreposage) devrait soit être distribué aux créanciers selon ce à quoi ils ont droit ou soit laissé dans l'actif pour être retourné au débiteur. Cette façon de procéder aidera à s'assurer qu'aucun créancier s'estimant lésé ne contestera la pertinence d'une renonciation.

D. DROITS D'ACTION

Une réclamation contre un actif constitue un passif, mais une réclamation dans un dossier peut être un actif donnant lieu à un recouvrement pour les créanciers. La question de savoir s'ils devraient renoncer à un intérêt dans ce type de réclamation présente un risque pour les fonctionnaires du tribunal. Bien souvent, on ne sait pas exactement si une procédure mérite d'être poursuivie (sauf lorsqu'une réclamation peut être vendue) et si la probabilité de succès justifie les coûts engendrés par la procédure.

Rares sont les situations où les séquestres doivent renoncer expressément à ces réclamations²⁰⁴. La décision d'intenter ou non des procédures devrait être prise en collaboration avec le créancier de soutien car dans les faits, c'est lui qui supportera les frais liés à la procédure à même les fonds qu'il s'attend à recouvrer sur l'actif²⁰⁵. Si l'analyse coûts/bénéfices indique qu'il n'est pas rentable d'intenter une poursuite ou que le créancier n'est pas disposé à financer l'action en justice, le séquestre peut simplement refuser d'aller plus loin. Si la procédure est déposée après les délais prescrits, la réclamation sera présumée abandonnée. S'il est impossible pour le séquestre d'obtenir rapidement des instructions du tribunal, ne rien faire lui offrira, sur le plan pratique, davantage de protection contre une réclamation pour administration inconsidérée d'un bien que s'il renonçait formellement à une réclamation susceptible d'avoir de la valeur. En cas de contestation par le séquestre d'une procédure intentée par le débiteur, il devrait, comme toujours, obtenir des instructions du tribunal.

Cette approche est la même pour les syndics qui devraient déterminer la valeur potentielle de la réclamation et déterminer si les coûts associés à une procédure justifieraient l'actif d'en assumer les frais. S'il détermine qu'il n'est pas rentable de donner suite à une réclamation, le syndic devrait tenter de l'aliéner et, s'il n'y parvient pas, aviser les créanciers de sa décision afin de voir si l'un

²⁰³ Voir *Thomson Kernaghan, supra* note 96, par. 14. Le juge Lederman a conclu qu'il s'agissait d'une exception à l'obligation générale qui incombe au syndic en vertu de la LFI de maximiser la réalisation de la valeur des actifs dans le but d'obtenir un dividende raisonnable pour les créanciers.

²⁰⁴ Cet énoncé ne vise pas à exclure la conclusion selon laquelle la common law autorise les séquestres à le faire.

²⁰⁵ Il est aussi possible que le séquestre cède ses droits de poursuite au créancier de soutien.

d'entre eux souhaite intenter, en son propre nom et à ses propres frais et risques, une procédure en vertu de l'article 38 LFI²⁰⁶.

Le défaut d'intenter une poursuite en vertu de l'article 38 LFI est différent d'une résiliation expresse, car il ne retourne pas au débiteur le droit de poursuivre. L'article 38 LFI permet simplement à un créancier de se substituer au syndic afin d'intenter une procédure pour laquelle le syndic a refusé d'agir²⁰⁷. Le créancier a alors droit au plein montant recouvré jusqu'à concurrence du montant de sa réclamation et des frais mais l'excédent, s'il en est, appartient à l'actif.

Le syndic peut aussi renoncer à tout intérêt dans une procédure judiciaire. En pareil cas, l'intérêt dans la poursuite retourne de nouveau au débiteur. Règle générale, une résiliation formelle aura lieu uniquement lorsqu'une compagnie d'assurance a indemnisé un débiteur pour sa réclamation et souhaite être subrogé aux droits du failli afin d'intenter une action en justice contre un tiers. En pareille circonstance, il n'y a aucun bénéficiaire à conserver le droit d'action dans l'actif ou de coût associé à sa résiliation.²⁰⁸

Il est inhabituel qu'un fonctionnaire du tribunal renonce expressément à un intérêt dans une poursuite. Lorsqu'il envisage de le faire, il devrait, par mesure de prudence, obtenir des instructions du tribunal²⁰⁹.

VI. CONCLUSION

Il règne une certaine confusion au Canada en ce qui concerne l'origine du pouvoir du fonctionnaire du tribunal de renoncer à des biens dans une procédure d'insolvabilité et la raison d'un tel pouvoir. Cette confusion découle du recours constant à la common law comme source principale de ce pouvoir.

La codification des droits de renonciation à des biens a donné lieu à une interprétation et une application plus uniforme des pouvoirs conférés par la loi aux fonctionnaires du tribunal et aux tribunaux. Mentionnons particulièrement les articles 30(1)k), 65.2 et 65.11 LFI ainsi que l'article 32 LACC. Toutes ces dispositions confèrent expressément à une partie le droit de renoncer à un intérêt dans un bien et prévoient, dans certains cas, un critère spécifique pour exercer ce droit. La codification de ce droit à la renonciation a fourni une assise permettant d'obtenir une certaine uniformité dans ses conditions d'application. Suite à cette codification, il s'agissait non

²⁰⁶ En vertu de l'article 38 LFI, il y a seulement deux situations qui peuvent amener le créancier à intenter des procédures : i) lorsque le syndic refuse ou néglige d'intenter ces procédures et ii) lorsqu'une ordonnance du tribunal autorise le créancier à intenter des procédures. Voir *Wilfert v. McCallum*, 2017 ONSC 3853, par. 32. Voir aussi *Toyota Canada Inc v. Imperial Richmond Holdings Ltd*, 1994 ABCA 261, par. 14-15, concernant la thèse selon laquelle l'article 38 LFI [traduction] « met à la disposition des créanciers un mécanisme leur permettant d'intenter une procédure lorsque le syndic refuse ou néglige d'agir, ce qui permet de s'assurer que les créanciers désireux de financer la procédure peuvent disposer d'actifs du failli, qui pourraient autrement ne pas être réalisés ».

²⁰⁷ *Zammit*, 1998 3 CBR (4^e) 193 OJ Gen Div, par. 7, *Shaw Estate (Trustee of) v. Nicol Island Development Inc*, 2009 51 CBR (5^e) 12 ONCA, par. 72 et *Wei*, 2011 ONSC 4741, par. 13.

²⁰⁸ *Douglas v. Stan Fergusson Fuels Ltd*, 2016 ONSC 442, par. 32.

²⁰⁹ Voir l'article 40(2) LFI et l'article 25 du modèle d'ordonnance de l'Alberta.

plus de déterminer si un tel droit existait, mais s'il était approprié de l'exercer dans les circonstances.

Une codification similaire à celle adoptée dans les législations américaine et britannique sur l'insolvabilité permettrait de dissiper l'incertitude entourant la portée des droits à la renonciation que confère la common law aux fonctionnaires du tribunal. Il faudrait à cette fin prévoir dans la LFI une disposition similaire à l'article 315 de la *Insolvency Act, 1986* du Royaume-Uni, de préférence pour les séquestres et les syndics. Les parties pertinentes de l'article 315 mentionnent :

[Traduction]

Renonciation (pouvoir général).

- 1) Sous réserve des dispositions qui suivent, le syndic peut, en donnant l'avis prescrit, renoncer à tout bien onéreux, et ce, même s'il en a pris possession, a pris des mesures pour le vendre ou a autrement exercé ses droits de propriété en lien avec le bien en question.
- 2) Pour l'application du présent article, l'expression « bien onéreux » désigne :
 - a) tout contrat non rentable;
 - b) tout autre bien faisant partie de l'actif du failli qui est invendable ou ne peut être vendu facilement ou encore qui peut donner lieu à une obligation de verser un montant d'argent ou de prendre toute autre mesure onéreuse.
- 3) En vertu du présent article, la renonciation :
 - a) a pour effet de déterminer, à partir de la date de la renonciation, les droits, intérêts et obligations du failli et de son actif à l'égard du bien faisant l'objet de la renonciation;
 - b) dégage le syndic de toute responsabilité personnelle en lien avec ce bien à partir du début de son administration, mais n'a aucune incidence sur les droits ou responsabilités de toute autre personne, sauf dans la mesure nécessaire pour libérer le failli, son actif et le syndic de toute obligation.

[.....]
- 4) Toute personne subissant des pertes ou des dommages par suite d'une renonciation intervenue en vertu du présent article est considérée comme un créancier du failli jusqu'à concurrence de sa perte ou son dommage et peut en conséquence y produire une preuve de réclamation pour telle perte ou dommage.

Cet article (et l'article 178 dans le cas d'un liquidateur) a été adopté afin d'assurer une interprétation uniforme des droits à la renonciation dans la jurisprudence britannique et une codification simple des droits déjà conférés en common law aux liquidateurs et aux syndics par les tribunaux britanniques²¹⁰. L'adoption d'une disposition similaire dans la LFI dissiperait

²¹⁰ À l'instar des dispositions correspondantes du *Bankruptcy Code* des États-Unis. Compte tenu de l'interrelation des pouvoirs provinciaux dans le domaine des biens et du pouvoir fédéral en matière de faillite, il est possible que la séparation des pouvoirs en vertu des articles 91 et 92 la *Loi constitutionnelle de 1867* et le recours à la doctrine de la

l'incertitude actuelle telle que décrite précédemment de façon détaillée, codifierait le modèle actuel des droits à la renonciation en common law et établirait une assise uniforme sur laquelle la jurisprudence future pourrait évoluer.

Cette disposition serait avantageuse pour les fonctionnaires du tribunal et le système judiciaire, et consoliderait les droits à la renonciation actuellement conférés aux fonctionnaires du tribunal, sans toutefois en élargir la portée. En outre, elle viendrait compléter les articles 14.06(4) et 20 LFI et ne serait pas incompatible avec l'interprétation actuelle de l'article 30(1)k LFI.

Outre la disposition susmentionnée, il serait utile de préciser que les créanciers sont libres de faire valoir leurs réclamations sur un bien ayant fait l'objet d'une renonciation, d'établir les exigences en matière d'avis pour l'exercice de ces droits et toute autre exigence procédurale jugée appropriée.

En raison de la lourdeur administrative gouvernementale, une solution provisoire consisterait à réviser le contenu des modèles normalisés d'ordonnance pour adopter une disposition similaire à celle prévue dans l'ordonnance de séquestre rendue dans *Lexin Resources*, qui a autorisé le séquestre à « renoncer à l'intérêt du débiteur dans tout bien ». Cette disposition ne dégagerait pas le syndic de façon similaire, mais elle établirait une assise pour une interprétation uniforme des droits à la renonciation à des biens en vertu d'une ordonnance du tribunal. Aucune de ces deux dispositions n'est nécessaire compte tenu de l'état actuel de la common law, mais elles aideraient grandement à dissiper l'incertitude entourant cet aspect du système canadien d'insolvabilité et permettraient enfin au Canada d'emboîter le pas à ses pairs en reconnaissant, par voie législative, le droit à la renonciation.

suprématie fédérale aient nui à l'acceptation du droit de renoncer à des biens dans une procédure d'insolvabilité au Canada.