

## Jurisprudence canadienne de 2018 en matière d'insolvabilité : ce que les prêteurs doivent savoir

Caitlin McIntyre, Iliia Kravtsov et Linc Rogers

L'issue de plusieurs dossiers d'insolvabilité portés devant les tribunaux en 2018 présente un intérêt pour les prêteurs commerciaux dans le cadre de procédures de restructuration et d'insolvabilité. Le présent article propose, pour chacun de ces dossiers, un résumé des enjeux d'importance pour les prêteurs. Nous faisons également le point sur les affaires traitées dans notre [résumé de 2017 des principaux développements dans la jurisprudence canadienne en matière d'insolvabilité](#) à la fin du présent article.

25 mai 2018



### PRIORITÉ DES FIDUCIES PRÉSUMÉES À L'ÉGARD DE LA TVH

#### Canada c. Banque Toronto-Dominion

Dans cette affaire, la Cour fédérale (la « CF ») s'est penchée sur la responsabilité des créanciers garantis hors du contexte que celui d'une faillite lorsqu'un paiement est reçu de la part d'un débiteur ayant des paiements de TVH/TPS en souffrance. La CF a conclu que la *Loi sur la taxe d'accise* (Canada) (la « LTA ») impose aux créanciers garantis l'obligation de rembourser les sommes reçues à partir du produit de la vente d'un bien qui faisait l'objet d'une fiducie réputée à l'égard de la TVH/TPS non remise (c'est-à-dire la taxe de vente provinciale/fédérale).

Pour en arriver à cette conclusion, la CF a soulevé la possibilité que cette obligation pourrait ne pas s'appliquer aux créanciers chirographaires étant donné que le libellé de la LTA n'accorde la priorité à l'ARC qu'à l'égard des sûretés garanties, mais elle a décidé de ne pas trancher cette question. Le créancier garanti ne pouvait invoquer la défense de l'acquéreur de bonne foi et à titre onéreux, car les modifications à la LTA exigeant le paiement de la TVH/TPS exigible en priorité sur les créances des créanciers garantis reposent sur la prémisse qu'un créancier garanti ne peut invoquer la défense fondée sur la notion d'acquéreur de bonne foi et à titre onéreux. Si le recours à cette défense était possible, les créanciers garantis seraient presque toujours en mesure de l'invoquer pour contrecarrer le mécanisme de la fiducie réputée.

La CF a fondé en partie sa décision sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Canada c. Callidus Capital Corporation*, qui a été infirmé par la Cour suprême du Canada (la « CSC »); toutefois, la CSC ne s'est pas prononcée sur la responsabilité du prêteur dans un autre contexte que celui d'une faillite.

**Statut :** Cette décision a été portée en appel (la permission d'en appeler de la décision n'était pas requise). Aucune date n'a été fixée pour l'appel.

**Conclusion :** Pour le moment, cette décision stipule que, dans un autre contexte que celui d'une faillite, les créanciers garantis seront tenus de rembourser les sommes reçues qui faisaient l'objet d'une fiducie réputée à l'égard de la TVH/TPS si l'ARC en fait la demande.

16 mars 2018



## APPROBATION DES ACCORDS DE FINANCEMENT DE LITIGE ET DES PLANS DÉPOSÉS PAR UN PRÊTEUR EN VERTU DE LA LACC

### Arrangement relatif à 9354-9186 Québec inc. (Bluberi Gaming Technologies Inc.) -and- Ernst & Young Inc.

La Cour supérieure du Québec (la « CSQ ») devait décider si elle autorisait le dépôt d'un plan d'arrangement par un créancier qui accorderait de vastes quittances en la faveur de celui-ci ou si elle faisait droit à la demande du débiteur visant le financement du litige et la constitution d'une charge relative au financement du litige dans le but de déposer une poursuite contre ce même créancier. Aux termes de l'accord de financement du litige (l'« AFL »), un tiers financerait les honoraires juridiques et les débours du débiteur dans le cadre du litige proposé, en contrepartie d'une part de tout produit qui pourrait en découler. La CSQ a rejeté la requête en autorisation de déposer un plan, car elle estimait que même s'il était possible pour un créancier de soumettre un plan en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la « LACC »), cette démarche constituait en l'espèce une tentative d'utiliser les procédures en vertu de la LACC à des fins illégitimes et qu'elle causerait une injustice grave au débiteur. La CSQ a plutôt accueilli la requête du débiteur pour approbation de l'AFL. Ce faisant, la CSQ a statué que le débiteur n'avait pas besoin d'obtenir l'approbation du créancier pour tenter sa poursuite contre celui-ci et a établi que, en général, les accords de financement par des tiers étaient légaux et devraient être approuvés sous réserve de certains principes. L'un des principaux principes à considérer est la question de savoir si le financement est nécessaire pour que le demandeur ait accès à la justice. Le débiteur ne disposait pas en l'espèce des fonds suffisants pour faire valoir la réclamation sans le financement d'un tiers.

**Statut :** La permission d'en appeler a été accordée le 20 avril 2018 et l'appel a été entendu sur le fond le 3 décembre 2018. La décision n'a pas encore été rendue.

**Conclusion :** Lorsque les circonstances le justifient, grâce aux AFL, les sociétés insolubles disposent de plus d'options pour faire valoir les réclamations en souffrance et accroître le recouvrement pour les créanciers.

15 mars 2018



## UNE REDEVANCE DÉROGATOIRE BRUTE CONSTITUE-T-ELLE UN INTÉRÊT FONCIER?

### Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.

La Cour d'appel de l'Ontario (la « CAON ») devait trancher deux questions, à savoir :

1. si une redevance dérogatoire brute (une « RDB ») (c'est-à-dire un droit de redevance rattaché à la concession ou au permis délivré par la Couronne et acquitté au moyen des revenus tirés de la production pétrolière et gazière) est considérée ou non comme un intérêt foncier;
2. et, le cas échéant, si un intérêt foncier peut être cédé dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, de sorte que l'acheteur acquiert le terrain libre et quitte de la RDB.

La CAON apporte des précisions au test énoncé dans la décision *Banque de Montréal c. Dynex Petroleum Ltd.* Une RDB peut être un intérêt foncier si i) les termes employés pour décrire l'intérêt sont suffisamment précis pour démontrer l'intention des parties que la redevance constitue un intérêt foncier et ii) l'intérêt dont est issue la redevance est lui-même un intérêt foncier. Pour ces motifs, la CAON a infirmé la décision de première instance et a jugé que la RDB en l'espèce constituait un intérêt foncier puisque c'est ce qu'indiquait expressément l'accord de redevances. Les

parties avaient inscrit la RDB au titre et la RDB était issue de la participation directe de Dianor dans les concessions minières visées par la RDB. La common law reconnaît les concessions minières comme un type d'intérêt foncier. Ainsi, les deux critères du test étaient remplis.

La CAON avait sollicité d'autres observations sur la question de savoir si les tribunaux ont le pouvoir de céder les intérêts fonciers dans le cadre de procédures d'insolvabilité. Aucune décision sur cette deuxième question n'a été rendue.

**Statut :** Une prolongation a été accordée pour le dépôt d'une demande d'autorisation d'en appeler devant la CSC, alors que les parties attendent la décision de la CAON quant au deuxième volet de l'appel.

**Conclusion :** Même si, compte tenu des faits de l'affaire, il a été conclu que la RDB constituait un intérêt foncier, la deuxième question de l'appel pourrait être tranchée de façon à établir que les tribunaux ont le pouvoir de céder les intérêts fonciers dans le cadre de procédures d'insolvabilité, de sorte que l'intérêt foncier pourrait être perdu et qu'il serait rattaché uniquement au produit de la vente.

21 février 2018



## NATURE DISCRÉTIONNAIRE DE LA PRIORITÉ ACCORDÉE À LA CHARGE DU SÉQUESTRE

### Royal Bank of Canada v. Reid-Built Homes Ltd.

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (la « CBRA ») devait déterminer si la priorité accordée à la charge du séquestre nommé par le tribunal afin de garantir les frais et les emprunts approuvés était de nature discrétionnaire et si cette charge était de rang inférieur à la réclamation d'une municipalité à l'égard des taxes foncières. La CBRA a conclu que la doctrine de la primauté ne permettait pas automatiquement de subordonner aux autres créances les réclamations au titre des taxes foncières d'une municipalité. La CBRA a toutefois le pouvoir discrétionnaire d'accorder une charge superprioritaire au séquestre et d'ordonner que sa charge ait un rang supérieur à celui des réclamations des créanciers garantis et des municipalités. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal doit être exercé selon les circonstances de l'espèce, compte tenu des objectifs de la loi et de la procédure de mise sous séquestre en particulier. Dans cette affaire, la CBRA a établi que l'objectif de la mise sous séquestre était la liquidation, de sorte que la municipalité ne tirait aucun avantage apparent de la mise sous séquestre. La CBRA a donc statué que la réclamation de la municipalité ne prenait pas rang après la charge du séquestre.

**Statut :** Cette décision a été portée en appel. L'appel devrait être entendu le 14 février 2019.

**Conclusion :** Cette décision illustre le fait que la priorité accordée aux charges ordonnées par le tribunal dans le cadre de procédures d'insolvabilité est de nature discrétionnaire. Même si le tribunal a le pouvoir d'ordonner que la réclamation d'une municipalité au titre des taxes foncières prenne rang après la charge du séquestre et la charge constituée sur les emprunts, ce pouvoir discrétionnaire sera exercé uniquement lorsque les circonstances le justifient.

30 janvier 2018



## LA NOUVELLE *LIMITATIONS ACT* DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE ET LES SÛRETÉS GARANTIES

### Leatherman v. 0969708 B.C. Ltd.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (la « CACB ») a interprété les dispositions de la loi récemment modifiée de la Colombie-Britannique intitulée *Limitations Act*, qui créent une règle précise pour la découverte des faits ayant donné naissance aux réclamations visant la réalisation ou le rachat d'une sûreté. Aux termes de cette règle, les faits qui ont donné naissance à une telle

réclamation sont découverts le premier jour où survient le droit de faire valoir la sûreté. Le délai de prescription relatif aux engagements à vue commence toutefois le premier jour suivant la présentation d'une demande d'exécution.

En 2013, le prêteur a consenti un prêt hypothécaire payable sur demande, garanti par un intérêt foncier. Les conditions prescrites associées au prêt hypothécaire stipulaient qu'en cas de défaut de remboursement du prêt hypothécaire, le prêteur pouvait, à son gré, faire valoir sa sûreté. L'emprunteur a omis d'effectuer les versements d'intérêt annuels en 2013, en 2014, en 2015 et en 2016. Le prêteur n'a pris aucune mesure avant 2016, moment où il a alors exigé le remboursement. La CACB a statué que le délai de prescription relatif au droit de faire valoir la sûreté avait débuté au moment du défaut de paiement du premier versement d'intérêt en 2013, de sorte que le délai de prescription avait expiré au moment où les mesures d'exécution ont été prises en 2016. Le prêteur a tout de même été autorisé à intenter une poursuite pour le recouvrement de la créance étant donné que l'obligation de paiement a été considérée comme un engagement à vue, et le délai de prescription relatif à cette obligation n'avait commencé à courir qu'à la présentation de la demande d'exécution. La sûreté était toutefois devenue opposable dès la survenance d'un cas de défaut.

**Statut :** La CSC a rejeté la demande d'autorisation d'en appeler de cette décision le 4 octobre 2018. Comme la CSC a refusé d'entendre l'appel, il n'y a plus de recours possible.

**Conclusion :** En Colombie-Britannique, le délai de prescription relatif à la réalisation d'une sûreté aux termes d'un prêt à vue peut débuter à la survenance d'un cas de défaut même si aucune demande d'exécution n'a été présentée.

## MISE À JOUR SUR LA JURISPRUDENCE DE 2017

## EFFET DE LA FAILLITE SUR LES FIDUCIES PRÉSUMÉES À L'ÉGARD DE LA TVH

### Callidus Capital Corp. c. Canada

**Date de la décision :** 8 novembre 2018

En vertu de la LTA, l'ARC est bénéficiaire d'une fiducie présumée à l'égard de la TVH/TPS non versée. En cas de faillite, l'ARC perd cette priorité et devient un créancier ordinaire non garanti du débiteur fiscal. Dans la présente affaire, le débiteur a effectué un paiement à son créancier garanti avant la faillite, alors qu'il y avait des arriérés de TVH et que l'obligation de versement de cette taxe était garantie par une fiducie réputée. Au moment où l'ARC a intenté une poursuite contre le prêteur pour récupérer le montant de la TVH payable, le débiteur a fait une cession en faillite. La CSC a infirmé l'arrêt du tribunal d'instance inférieure en adhérant aux motifs du juge dissident. Ainsi, la CSC a statué que l'ARC perd sa priorité par rapport à un créancier garanti lorsque la fiducie présumée est dissoute par la faillite même si une distribution a déjà eu lieu. La CSC ne s'est pas exprimée sur la responsabilité des créanciers garantis de remettre les sommes que leur a versées un débiteur fiscal ayant des paiements de TVH/TPS en souffrance dans un autre contexte qu'une faillite (il s'agit de la question examinée dans l'affaire *Canada c. Banque Toronto-Dominion*).

**Conclusion :** La décision de la CSC confirme une fois pour toutes que la fiducie présumée à l'égard de la TVH/TPS n'est pas opposable aux créanciers garantis après la faillite même si une distribution a été reçue avant la faillite par ces derniers.

## INTÉGRITÉ D'UN PROCESSUS D'APPEL D'OFFRES ORDONNÉ PAR LE TRIBUNAL

### Séquestre de Gestion EGR inc. et Lemieux Nolet inc., syndics de faillite et gestionnaires

En vertu du *Code civil du Québec* (le « CCQ »), un débiteur peut empêcher la réalisation d'une sûreté en payant au créancier garanti ce qui lui est dû ainsi que les frais que celui-ci a engagés pour faire réaliser la sûreté. Dans cette affaire, le juge de la Cour supérieure du Québec a conclu que, au Québec, la vente d'actifs par un séquestre est régie par les dispositions du CCQ et a permis au débiteur de contester l'approbation de la vente en remboursant sa dette au prêteur garanti. Veuillez cliquer [ici](#) pour consulter le résumé détaillé de cette décision.

**Statut mis à jour :** Une demande d'autorisation d'appel de cette décision devant la Cour d'appel du Québec a été déposée. Aucune date n'a été fixée pour l'audience en autorisation.

## PRIORITÉ DES OBLIGATIONS DE REMISE EN ÉTAT ENVIRONNEMENTALE

### Orphan Well Association v. Grant Thornton Limited (ou Red Water)

Dans cette importante décision, la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé la décision du tribunal de première instance, qui avait statué que certains articles des lois intitulées *Oil and Gas Conservation Act* (Alberta) et *Pipeline Act* (Alberta) étaient inopérants dans la mesure où l'organisme de réglementation les invoque pour :

- empêcher l'abandon d'actifs d'un débiteur insolvable par un séquestre ou un syndic nommé par un tribunal;
- obliger le séquestre ou le syndic à régler certaines réclamations environnementales en priorité sur les créances de créanciers garantis.

Veuillez cliquer [ici](#) pour consulter le résumé détaillé de cette décision.

**Statut mis à jour :** La CSC a entendu l'appel de cette décision le 15 février 2018. Aucune décision n'a été rendue.

## PRIORITÉ DES CHARGES DIP

### Canada North Group Inc.

Dans cette décision, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a statué que la fiducie présumée garantissant les retenues à la source non versées en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) pouvait prendre rang après les charges superprioritaires ordonnées par un tribunal. Veuillez cliquer [ici](#) pour obtenir le résumé détaillé de cette décision.

**Statut mis à jour :** La Cour d'appel de l'Alberta a entendu l'appel de cette décision le 4 octobre 2018. Aucune décision n'a été rendue.

## COORDONNÉES

### Montréal

**Bernard Boucher**

514-982-4006

bernard.boucher@blakes.com

**Sébastien Guy**

514-982-4020

sebastien.guy@blakes.com

**Ilia Kravtsov**

514-982-4066

ilia.kravtsov@blakes.com

### Toronto

**Pamela Huff**

416-863-2958

pamela.huff@blakes.com

**Milly Chow**

416-863-2594

milly.chow@blakes.com

**Linc Rogers**

416-863-4168

linc.rogers@blakes.com

**Chris Burr**

416-863-3261

chris.burr@blakes.com

**Caitlin McIntyre**

416-863-4174

caitlin.mcintyre@blakes.com

### Calgary

**Kelly Bourassa**

403-260-9697

kelly.bourassa@blakes.com

**Ryan Zahara**

403-260-9628

ryan.zahara@blakes.com

### Vancouver

**Bill Kaplan**

604-631-3304

bill.kaplan@blakes.com

**Peter Rubin**

604-631-3315

peter.rubin@blakes.com