

Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A History of the Companies' Creditors Arrangement Act.*

Toronto: [University of Toronto Press](#), 2020.xvi + 300pp., tableau, figures, annexes, notes, bibliographie, index. Chiffon; 9781487506421, 75,00 \$.

Dans son livre *Reinventing Bankruptcy Law: A History of the Companies' Creditors Arrangement Act*, Virginia Torrie raconte l'histoire improbable de la Companies' Creditors Arrangement Act (LACC ou la Loi) et célèbre son succès surprenant. Il s'agit d'une entreprise pour laquelle la professeure Torrie est professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université du Manitoba et qui est rédactrice en chef de la *Banking and Finance Law Review*, est particulièrement bien qualifiée pour poursuivre, compte tenu de son expertise. dans le domaine du droit de l'insolvabilité et sa capacité d'historienne du droit.

L'auteur suit la trajectoire quelque peu surprenante de la Loi depuis sa promulgation originale en 1933 à l'aide d'un cadre analytique qui utilise deux concepts. Premièrement, « l'institutionnalisme historique », une approche de recherche qui considère l'influence des institutions sur les régimes sociaux, politiques ou économiques au fil du temps. Et deuxièmement, la « récursivité du droit » qui considère que le flux du droit passe non seulement des lois formelles à la pratique juridique mais aussi vice versa.

Cela peut vous surprendre, étant donné l'importance récente de la Loi dans le domaine de la restructuration de l'insolvabilité au Canada, que les origines de la LACC remontent en fait à plus de 85 ans. Le professeur Torrie présente cette histoire en expliquant que les premiers financements importants des détenteurs d'obligations canadiennes ont été accordés par des prêteurs britanniques en vertu d'actes de fiducie qui établissaient effectivement les priorités des créanciers de l'emprunteur en cas de défaillance de l'emprunteur. Cependant, la prévalence croissante des prêteurs américains sur le marché canadien dans les années 1920 et 1930 a conduit à une utilisation plus répandue au Canada des pratiques de prêt américaines. Mais au début des années 1930, aucun de ces accords de prêt ne s'était révélé particulièrement efficace pour faire face aux graves répercussions de la Grande Dépression au Canada. Puis, en 1933, le gouvernement fédéral du premier ministre R. B. Bennett a identifié le besoin d'un autre type de régime de gestion de l'insolvabilité pour mieux faire face aux défis auxquels l'économie du pays est en déclin et a pris des mesures en édictant la LACC. À cet égard, il avait conclu qu'il était nécessaire d'avoir une législation qui pourrait lier les créanciers tiers, y compris ceux dont les accords de prêt étaient régis par la loi provinciale. La nouvelle loi était la première loi fédérale canadienne à prévoir la restructuration des sociétés insolvables.

Comme l'a expliqué le professeur Torrie, bien que cela ait été bien accueilli dans certains milieux, il y avait néanmoins un scepticisme considérable dans les milieux d'affaires et juridiques quant à la validité constitutionnelle de la loi en vertu du pouvoir du gouvernement fédéral de légiférer en matière de faillite et d'insolvabilité. Afin d'apaiser ces inquiétudes, le gouvernement fédéral a pris la précaution de renvoyer la question à la Cour suprême du Canada dans le cadre d'une procédure de renvoi constitutionnel. La cour a confirmé sa validité malgré l'opposition active des gouvernements de l'Ontario et du Québec. Cela amène à se demander pourquoi l'adoption de cette nouvelle loi progressiste à un moment où il semblait y avoir un besoin important et alors que cette loi avait reçu l'aval constitutionnel de la Cour suprême du Canada, il y avait une réticence continue à la part des parties commerciales d'y avoir recours.

À cet égard, le professeur Torrie énonce deux raisons probables à cela. La première est que l'avis de la Cour suprême sur la Loi n'avait pas été examiné par le Comité judiciaire du Conseil privé. Par conséquent, il existait la possibilité que la Cour suprême puisse être infirmée dans une affaire future. En

outre, il y avait une opinion assez répandue selon laquelle les arguments les plus solides contre le maintien de la loi n'avaient pas été suffisamment présentés à la Cour suprême lors du renvoi constitutionnel de 1934. Il en était ainsi, même si le Comité judiciaire, quelques années plus tard, a confirmé la constitutionnalité de la législation connexe de la LACC datant de l'époque de la Dépression, à savoir la Loi sur les arrangements avec les créanciers des agriculteurs.

Un troisième facteur contributif peut avoir été que la LACC ne semble pas avoir été bien comprise par le public en général. La loi avait été introduite avec peu de fanfare ou d'explication publique de son objectif. Il était composé d'une vingtaine de sections en grande partie squelettiques qui manquaient de toute sorte de préambule ou d'énoncé de ses principaux objectifs. Une autre circonstance qui a pu avoir une incidence sur son utilisation limitée est le fait que son objectif principal, dans la mesure où il a été compris, n'était pas avoué de faciliter les réorganisations d'entreprises initiées par des sociétés débitrices en difficulté financière, mais était considéré, principalement, comme un recours des grands créanciers garantis.

En conséquence de tout cela et des préoccupations suscitées par ses implications négatives pour les droits de propriété (qui ont conduit à des demandes d'abrogation de la loi), la législation a languie et a vu son utilisation limitée au cours du demi-siècle suivant. Un développement assez remarquable compte tenu de son importance ultérieure dans le domaine du droit de l'insolvabilité au Canada. Il s'agissait alors d'une situation où un outil législatif potentiellement utile (la LACC), qui avait été introduit au plus profond de la Grande Dépression au Canada dans le but de faciliter les réorganisations financières nécessaires et en vue d'atténuer davantage de dommages à l'économie, a dû essentiellement attendre 50 ans de plus avant de trouver sa place dans le domaine du droit et de la pratique canadiens en matière d'insolvabilité.

Bien que cela puisse sembler être une sorte d'« occasion manquée », la LACC n'a pas disparu; il n'a pas non plus été abrogé. Le besoin en a probablement diminué au fil du temps à mesure que l'économie se redressait. Cependant, à partir des années 1980, l'économie a connu une série de récessions économiques. Ceci, à son tour, a conduit un certain nombre de grandes entreprises à se trouver en difficulté financière. Leurs créanciers se sont ensuite penchés sur la LACC en vue d'effectuer la restructuration corporative de leurs entreprises. Pourtant, contrairement aux circonstances quelque 50 ans auparavant, la situation semble avoir été envisagée de manière tout à fait différente. Au lieu que la LACC soit principalement considérée comme un recours des créanciers garantis pour aider à la liquidation ou à la liquidation de la société débitrice, elle était plus fréquemment utilisée par ces sociétés débitrices elles-mêmes pour effectuer leur propre restructuration afin de poursuivre leurs activités. Cela s'est produit le plus souvent, sous une forme réorganisée qui pourrait maximiser et préserver la valeur des actifs de la société et minimiser les pertes pour les créanciers, les partenaires commerciaux et les autres parties prenantes.

Ce changement d'attitude concernant l'objet de la demande de protection en vertu de la LACC a sans aucun doute été stimulé par des développements au sud de la frontière lorsqu'en 1978 le chapitre 11 a été ajouté au Bankruptcy Code des États-Unis et est devenu un recours de choix pour la réorganisation des grandes entreprises en difficulté là-bas. Cela comprenait, en particulier, les réorganisations d'entreprise dirigées par le débiteur en possession (DIP). Bien qu'une réforme de la faillite au Canada visant à combler les lacunes de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité en vigueur ait longtemps été envisagée, elle n'a été mise en place que bien plus tard (1992). Cela a conduit, entre-temps, à une

situation où la LACC, plutôt que d'être abrogée, était plutôt considérée comme un mécanisme permettant de surmonter certains de ces problèmes. En fin de compte, ces solutions ne devaient pas survenir à la suite de réformes législatives, mais plutôt grâce à l'élaboration par les tribunaux d'interprétations nouvelles et pragmatiques de la LACC afin de faciliter des restructurations d'entreprise plus souhaitables et financièrement plus avantageuses.

De manière significative, comme le note le professeur Torrie, les tribunaux ont agi dans cette direction, sans bénéficier de modifications spécifiques à la LACC, qui, comme nous l'avons mentionné, avait été initialement considérée comme une protection pour les grands créanciers garantis, plutôt que pour protéger les sociétés débitrices elles-mêmes. Comme l'explique l'auteur, ce qui était considéré comme le plus nécessaire dans les réorganisations d'entreprises structurées dans les années 1930 à la demande de grands créanciers garantis cherchant à liquider et liquider de telles sociétés était une chose très différente des objectifs des sociétés débitrices en difficulté financière dans les années 1980 et 1990 cherchant à préserver un avenir viable pour eux-mêmes et pour les autres parties prenantes de l'entreprise. Pourtant, il n'était peut-être pas impensable d'envisager que cela se produise même sans le bénéfice d'amendements à la loi. Il est donc possible que les tribunaux, examinant les choses quelque 50 ans plus tard, aient été enclins à redéfinir la LACC de cette façon même en l'absence de loi habilitante.

Cela n'a peut-être pas nui, comme le note l'auteur, que les intentions initiales du Parlement en élaborant la LACC étaient, à tout le moins, quelque peu obscures, bien que la législation ait toujours été considérée comme étant de nature réparatrice. Tout cela a facilité la transformation de la loi telle qu'elle avait peut-être été conçue dans les années 1930 en un véhicule plus flexible et pragmatique pour la réorganisation des entreprises en difficulté financière, 50 ou 60 ans plus tard. Que l'action entreprise pour faciliter une telle transformation de l'intention originale de la loi en un résultat plus utile, efficace et moderne ait été effectuée par des juges traitant des demandes présentées en vertu de la LACC semble appropriée étant donné qu'en fin de compte, il est le tribunal qui est appelé à approuver (ou non) tout arrangement proposé en vertu de la Loi comme étant « juste et raisonnable » en toutes circonstances.

La question de ce qu'on appelle la « législation judiciaire » ou la « judiciarisation » de la loi (comme la décrit le professeur Torrie) est invariablement un sujet controversé car elle est souvent considérée comme un abrégé importun et/ou injustifié de « l'État de droit ». En effet, on décèle dans les commentaires de l'auteur à ce sujet des réticences (voire même des tiraillements) à son sujet. Néanmoins, il semble qu'il y ait eu une ouverture à accepter de telles interprétations, ce qui a même conduit au point où, au cours des dernières années, bon nombre de ces décisions judiciaires ont été codifiées par des modifications à la Loi.

Même s'il y avait des doutes quant à l'élargissement ou à la réaffectation de la LACC mise en œuvre de façon ponctuelle par les tribunaux au cours de cette période, une première indication du soutien généralement sympathique des tribunaux à l'élargissement de sa portée par de tels moyens était évidente dans leur réponse à un amendement de 1953 à la Loi. L'amendement contenait une disposition limitant l'application de la Loi aux sociétés ayant émis des obligations ou des débentures émises en vertu d'un acte de fiducie en faveur d'un fiduciaire et exigeant que toutes les restructurations en vertu de la Loi devaient inclure un arrangement de ces réclamations. S'il n'y avait pas eu de dispositif sanctionné par la justice pour surmonter cette restriction, une grande partie de l'utilité de la LACC pour faciliter les réorganisations dirigées par le débiteur en vertu de la Loi n'aurait pas été possible. Mais dans

un certain nombre d'affaires ultérieures, les tribunaux ont accepté la pratique consistant à permettre à ces sociétés de surmonter cette limitation par la ruse technique consistant à émettre ce qu'on appelle des « actes de fiducie instantanés », garantissant un emprunt nominal par le débiteur, et faisant ainsi entrer son application dans le portée de la Loi.

Plus généralement, les tribunaux chargés de statuer sur les demandes en vertu de la LACC ont poursuivi une pratique parallèle consistant à interpréter la législation dans le but supposé de faciliter les réorganisations dirigées par le débiteur en lui attribuant les pouvoirs de redressement jugés nécessaires pour atteindre ses objectifs présumés. Ainsi, alors que le sujet de l'élaboration du droit judiciaire reste controversé, il y a, je pense, un argument à faire valoir ici. Aujourd'hui, la plupart des commentateurs conviendraient probablement que, dans le cas de la LACC, cette intervention judiciaire a eu un impact globalement positif sur l'évolution du droit dans ce domaine.

Le professeur Torrie a rédigé une analyse savante, remarquablement documentée et stimulante de la principale législation canadienne en matière d'insolvabilité. Ce faisant, elle a fourni à ses lecteurs une révélation des plus intéressantes de son histoire.

Tim Kennish
Toronto, Ontario