

# À surveiller



## À surveiller : l'insolvabilité

Par James Reid, J.D.

Le nombre de cas d'insolvabilité a augmenté au Canada en 2019, et la situation économique que la COVID-19 a engendrée signifie qu'une hausse notable de ces cas en 2020 est sans doute inévitable. Les sociétés qui sont menacées d'insolvabilité devront prendre des décisions cruciales en tenant compte non seulement des intérêts de l'entreprise, mais aussi de ceux des diverses parties prenantes concernées.

Une société qui se trouve dans une telle posture devra examiner les différentes solutions qui s'offrent à elle. Il importe que les personnes responsables de la gestion des affaires de la société aient la meilleure compréhension possible de l'étendue de leurs obligations envers la société et ses parties prenantes. Par ailleurs, les membres du conseil d'administration devront tenir compte, dans leurs décisions, de leur responsabilité personnelle, car cette question revêt une importance particulière en cas d'insolvabilité de l'entreprise.

Le présent bulletin réunit des conseils pratiques qui aideront les entreprises à comprendre l'insolvabilité, les stratégies de gestion des risques ainsi que les divers régimes et options qui existent pour les sociétés canadiennes insolubles.

### **Conseil no 1 : savoir reconnaître les signes d'insolvabilité**

Dans un premier temps, il faut être en mesure de reconnaître les signes d'insolvabilité si l'on veut prendre des décisions éclairées pour le compte de la société. L'insolvabilité est la situation financière dans laquelle se trouve une société lorsqu'elle est dans l'incapacité de payer ses factures ou ses autres frais et charges à l'échéance (ce que peut révéler l'analyse d'éléments circonstanciels), ou lorsque sa dette excède la valeur de ses actifs (ce qui peut être vérifié dans le bilan).

Les administrateurs et les dirigeants doivent être attentifs aux premiers signes – externes ou internes – de difficulté financière et de risque d’insolvabilité.

Voici des exemples de signes externes :

- rumeurs persistantes;
- ralentissement du secteur;
- hausse des taux d’intérêt;
- poursuites plus nombreuses;
- difficulté à effectuer des paiements;
- faillite de clients ou de fournisseurs importants.

Voici des exemples de signes internes :

- fonds de roulement insuffisant;
- faiblesse du contrôle du crédit;
- départ d’employés clés;
- planification inadéquate de la relève.

Les cas d’insolvabilité ne sont pas tous attribuables à un seul élément déclencheur, mais ils s’expliquent souvent par l’une ou l’autre des causes suivantes : recours excessif au crédit, endettement élevé que vient aggraver un ralentissement économique, sous-capitalisation, report des paiements aux fournisseurs comme forme de crédit pour régler des problèmes de trésorerie à court terme, ou jugements pécuniaires défavorables à l’issue de poursuites.

Il peut être difficile pour les administrateurs de reconnaître les signes d’insolvabilité. À titre d’exemple, les passifs éventuels (litiges, obligations de remise en état, etc.) pourraient ne pas être reflétés dans le bilan de la société. En outre, lorsqu’une société qui a des facilités d’emprunt manque ou est près de manquer aux clauses restrictives, elle risque de se retrouver en situation de défaut. Les conséquences que cela entraîne, notamment l’accélération du remboursement de l’emprunt, peuvent causer l’insolvabilité d’une entreprise en difficulté financière.

### **Principal point à retenir**

Les administrateurs et les dirigeants doivent s’assurer que les états financiers et les prévisions financières reflètent fidèlement le niveau de solvabilité de la société et que cette information est communiquée rapidement et efficacement. Dans le contexte économique difficile que nous connaissons, il est crucial de savoir reconnaître les signes annonciateurs de problèmes financiers.

## Conseil no 2 : solutions possibles en cas d'insolvabilité

Une société insolvable peut recourir à plusieurs types d'arrangements et de procédures. Les plus courants sont la restructuration, la mise sous séquestre et la faillite.

- La **restructuration** vise à sauver une société en difficulté financière, à optimiser la valeur de ses actifs pour les créanciers et à protéger les intérêts des autres parties prenantes. S'il arrive souvent qu'une société puisse continuer d'exercer ses activités après une restructuration réussie, il arrive parfois qu'elle doive être vendue à un tiers comme entreprise en exploitation. Voici certaines lois fédérales sur l'insolvabilité et lois concernant les sociétés en vertu desquelles une restructuration peut être effectuée :
  - La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC ») (Canada) – La LACC s'applique aux sociétés de grande envergure dont les passifs excèdent cinq millions de dollars. On l'applique généralement en cas de restructuration, mais également lors de la vente d'une entreprise en exploitation.
  - La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI ») (Canada) – Aux termes de la LFI, une société insolvable peut présenter une proposition en vertu de la section I à ses créanciers garantis et non garantis, quel que soit le montant de sa dette.
  - La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA ») (Canada) – La LCSA et certaines lois provinciales équivalentes prévoient un processus de restructuration de la dette sous surveillance judiciaire. Il n'y a pas de seuil financier à atteindre pour mettre en œuvre un plan d'arrangement servant à ce type de restructuration, mais la LCSA impose certaines exigences et accorde généralement moins de marge de manœuvre que les lois sur l'insolvabilité pour ce qui est des options de restructuration.
- La **mise sous séquestre** vise à optimiser la valeur des actifs du patrimoine d'une société débitrice qui sont disponibles pour les créanciers. Réalisée aux termes de la LFI, elle constitue un recours dont disposent les créanciers garantis, lorsque la société ne parvient plus à honorer ses dettes, pour recouvrer l'argent qui leur est dû.
- La **faillite** est une procédure judiciaire régie par la LFI qui vise à assurer la liquidation ordonnée des biens du failli et la distribution de la valeur de ces biens aux créanciers. Trois événements peuvent déclencher cette procédure :
  - la société se met volontairement en faillite;
  - les créanciers présentent une requête au tribunal pour demander la mise en faillite de la société;
  - la proposition en vertu de la section I de la société est refusée (la société est alors automatiquement réputée être en faillite).

Lorsqu'il n'y a aucune chance de sauver la société, la faillite est généralement la meilleure solution. Il n'est pas rare toutefois que l'on commence par une restructuration ou une mise sous séquestre et que la procédure aboutisse à une faillite après la vente des actifs réalisables et la distribution des sommes recouvrées.

### Principal point à retenir

Le choix d'une procédure d'insolvabilité est une décision importante pour les administrateurs et dépend en grande partie de la situation particulière de l'entreprise. Parmi les facteurs à prendre en considération, il y a : le montant minimum de la dette nécessaire pour engager la procédure; ce qu'il en coûtera en temps et en argent pour engager la procédure et la mener à bien; les conséquences de l'échec de la procédure; la nécessité de porter l'affaire devant les tribunaux; la valeur de l'entreprise; la viabilité de l'entreprise; et les considérations générales concernant le type de parties prenantes et le montant qui leur est dû. Dans le contexte post-COVID-19, il faudra aussi être bien au fait de l'incidence des mesures gouvernementales en cas d'insolvabilité potentielle. .

## Conseil no 3 : les exigences de la gestion de l'insolvabilité

Le contexte d'exploitation d'une société en difficulté financière diffère grandement du contexte d'exploitation normal d'une entreprise. La tâche d'administrer une société insolvable exige beaucoup plus de temps et de compétences de la part des administrateurs que ne l'exigeait leur fonction au moment de leur nomination. Il sera peut-être nécessaire d'apporter des changements à la composition du conseil d'administration. Cela dépendra de la situation particulière de l'entreprise, car la démission en bloc des membres du conseil pourrait mener à une perte de confiance des créanciers et d'autres parties prenantes.

Bien souvent, il faut s'assurer de garder les employés clés en poste pendant la procédure d'insolvabilité afin d'optimiser la valeur de l'entreprise et de permettre soit une restructuration soit la vente de la société comme entreprise en exploitation. Les administrateurs devront participer étroitement à la décision d'engager ou non les coûts nécessaires pour garder ces employés en poste et ainsi profiter de leurs compétences pendant cette période. Il faudra peut-être agrandir l'équipe de direction ou remplacer certains de ses membres si les créanciers ont perdu confiance dans la direction ou si, dans le cas d'une restructuration par exemple, l'on estime que les dirigeants n'ont pas les compétences nécessaires pour redresser l'entreprise.

Lorsque la restructuration de la société est envisagée, les administrateurs et les dirigeants doivent élaborer une stratégie qui assurera la pérennité de l'entreprise. Par exemple, ils pourraient devoir négocier avec de nombreux groupes de créanciers et de parties prenantes, refinancer la dette ou trouver d'autres sources de financement, et réduire les effectifs. Il est peu probable que les dirigeants actuels de la société aient l'expertise nécessaire pour gérer la restructuration et le redressement de l'entreprise. Les administrateurs d'une société en difficulté financière devront peut-être nommer un directeur de la restructuration et embaucher un conseiller financier ainsi que d'autres experts du secteur, s'il y a lieu.

Il pourrait y avoir aussi d'autres nominations stratégiques. Par exemple, le conseil pourrait constituer un comité spécial indépendant et stratégique composé d'administrateurs externes dont le rôle consisterait à surveiller de près les décisions prises par la direction. Cette mesure est souvent perçue favorablement par les créanciers de la société.

### **Principal point à retenir**

Les administrateurs d'une société insolvable devront faire l'inventaire de leurs compétences personnelles et de celles des membres de la direction. Ils devront aussi déterminer s'ils sont en mesure de consacrer le temps nécessaire à l'encadrement d'une société qui se trouve en situation d'insolvabilité.

Il faudra peut-être nommer de nouvelles personnes au conseil ou à la direction de la société et retenir les services de conseillers professionnels, notamment des conseillers juridiques, ayant l'expertise nécessaire pour guider efficacement l'entreprise dans la procédure d'insolvabilité.

## **Conseil no 4 : obligations et responsabilités de l'administrateur en contexte d'insolvabilité**

En vertu de la common law, les administrateurs ont une obligation de diligence. Autrement dit, ils doivent agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Cette obligation fiduciaire ne change en rien lorsqu'une société devient insolvable. Agir au mieux des intérêts de la société, c'est tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement, sans favoriser les intérêts des uns au détriment de ceux des autres.

En s'acquittant de cette obligation, les administrateurs doivent trouver l'équilibre entre, d'une part, la nécessité de maximiser les perspectives de la société en poursuivant son exploitation dans le cours normal des affaires et, d'autre part, le risque que l'entreprise ne puisse remplir ses nouvelles obligations. Prendre ou non le risque de poursuivre l'exploitation d'une entreprise qui est insolvable (ou sur le point de le devenir) : voilà une décision cruciale que devront prendre les administrateurs.

De plus, les administrateurs ont aussi d'autres obligations en vertu de diverses lois, et ils peuvent être tenus personnellement responsables s'ils ne les respectent pas. Voici quelques exemples de situations pouvant engager leur responsabilité personnelle :

- omission de la société de remettre ou de verser les impôts et taxes, les salaires, les cotisations au régime de retraite et d'autres retenues à la source;
- actes inappropriés, comme le versement de dividendes au moment où la société est incapable de régler ses passifs;
- non-respect des obligations de la société propres au secteur d'activité, telles que les obligations environnementales ou réglementaires.

L'orientation et les solutions à privilégier pour une société en difficulté financière ne feront probablement pas l'unanimité parmi les parties prenantes, et certaines d'entre elles pourraient être passablement éprouvées par le ralentissement économique actuel. Les administrateurs d'une société insolvable doivent néanmoins continuer d'agir au mieux des intérêts de la société et prendre soin de ne pas favoriser une partie prenante en particulier.

Les administrateurs pourraient être exposés à un risque accru de responsabilité si la société ne respecte pas les dispositions de diverses lois par manque de fonds ou pour d'autres raisons. Ils devraient donc se renseigner sur la façon dont la société continue de s'acquitter des paiements importants, comme les retenues à la source. Les administrateurs ne peuvent normalement être tenus personnellement responsables des frais engagés que lorsque l'entreprise est insolvable et ne dispose pas d'actifs pour les indemniser.

À cet égard, les administrateurs devraient aussi vérifier si, dans le cours normal des affaires, la société a mis en place des conventions prévoyant l'indemnisation des administrateurs. Ils devraient s'assurer qu'ils sont protégés par une assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants et que toutes les primes relatives à cette assurance ont été payées. Il peut par contre être difficile ou trop onéreux pour une société de souscrire une assurance responsabilité des administrateurs lorsqu'elle éprouve des problèmes financiers. C'est pourquoi certaines sociétés déposent en fiducie une somme forfaitaire qui sera mise à la disposition des administrateurs si une réclamation est déposée contre eux. Si aucune assurance responsabilité n'a été souscrite, les administrateurs devraient se renseigner pour savoir si une telle solution de rechange a été mise en place. Ils devraient aussi envisager d'imposer d'autres conditions, comme la possibilité d'obtenir des avis juridiques indépendants payés par la société. Et enfin, il est possible de demander à un tribunal de déclarer par ordonnance que tout ou partie des biens de la société sont grevés d'une charge ou d'une sûreté pour le versement d'une indemnité aux administrateurs qui continuent d'exercer leurs fonctions afin de guider la société pendant une procédure de restructuration.

### Principal point à retenir

Les administrateurs devraient s'assurer que des mesures de protection ont été prévues, de sorte qu'ils n'engagent pas leur responsabilité lorsqu'ils acceptent de diriger une société qui entreprend une procédure d'insolvabilité.

## AVERTISSEMENT

La présente publication, préparée par Comptables professionnels agréés du Canada (CPA Canada), fournit des indications ne faisant pas autorité. CPA Canada et les auteurs déclinent toute responsabilité ou obligation pouvant découler, directement ou indirectement, de l'utilisation ou de l'application de cette publication.

© 2020 Comptables professionnels agréés du Canada

Tous droits réservés. Cette publication est protégée par des droits d'auteur et ne peut être reproduite, stockée dans un système de recherche documentaire ou transmise de quelque manière que ce soit (électroniquement, mécaniquement, par photocopie, enregistrement ou toute autre méthode) sans autorisation écrite préalable.

Pour obtenir des renseignements concernant l'obtention de cette autorisation, veuillez écrire à [permissions@cpacanada.ca](mailto:permissions@cpacanada.ca).