

## Série sur l'insolvabilité des détaillants au Canada N° 2: Le point de vue des fournisseurs

Linc Rogers et Aryo Shalviri



Voici le deuxième d'une série d'articles portant sur l'insolvabilité de grands détaillants au Canada vue sous divers angles. La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (Canada) (la « LACC ») est le principal texte de loi qui régit la réorganisation ou la vente de grandes sociétés débitrices au Canada; il s'agit de l'équivalent du chapitre 11 du *U.S. Bankruptcy Code* (le « Chapitre 11 »). Dans notre série d'articles, nous mettons l'accent sur les procédures sous le régime de la LACC en renvoyant au besoin à d'autres procédures d'insolvabilité.

Cet article aborde l'insolvabilité du détaillant du point de vue des fournisseurs de marchandises et de services tiers et examine en particulier le cas de Toys "R" Us (Canada) Ltée (« Toys Canada »), détaillant de premier plan spécialisé dans la vente de jouets et de produits pour bébé, lequel s'est placé sous la protection de la LACC. Le [premier article de cette série](#), portant sur l'insolvabilité de grands détaillants du point de vue des locataires, a été publié peu après le dépôt de la demande, sous le régime de la LACC, de Sears Canada le 22 juin 2017.

Le 19 septembre 2017, la U.S. Bankruptcy Court du district de l'est de la Virginie a accédé à la demande de Toys Canada et lui a accordé, de même qu'à sa société mère américaine (« Toys US ») et à diverses entités membres du même groupe, la protection du Chapitre 11. Plus tard le

même jour, Toys Canada a également déposé une demande de protection en vertu de la LACC devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (chambre commerciale).

Bien que Toys US ait été confrontée à d'importants enjeux financiers, elle affichait de solides résultats financiers. Néanmoins, en se plaçant sous la protection du Chapitre 11, Toys Canada faisait face à une crise de liquidité puisqu'elle se retrouvait du même coup en défaut aux termes de ses facilités de crédit et ne pouvait donc plus se prévaloir de sa facilité d'exploitation. Dans les documents qu'elle a déposés auprès du tribunal, Toys Canada a fait état de la nécessité de moderniser ses magasins et d'améliorer considérablement sa plateforme de vente en ligne afin de demeurer concurrentielle dans son secteur d'activité. Les tentatives du groupe de sociétés de Toys "R" Us d'obtenir le financement nécessaire en dehors du processus d'insolvabilité ont échoué, les prêteurs n'étant disposés à fournir ce financement que dans le cadre d'un processus supervisé par les tribunaux. Le dépôt de la demande de Toys Canada et les raisons le justifiant sont une preuve de plus que le paysage du commerce de détail au Canada continuera de se redessiner au fur et à mesure que les magasins traditionnels feront face aux pressions de plus en plus fortes exercées par le marché numérique, lequel est en constante évolution.

## APERÇU



Dans la plupart des procédures sous le régime de la LACC mettant en cause un détaillant en difficulté, une bonne partie des créanciers sont des fournisseurs (parmi les exceptions figurent les situations où la filiale canadienne est

approvisionnée uniquement par sa société mère américaine, comme dans le cas des procédures d'insolvabilité récentes entamées par Payless Shoes Canada, Express Canada et American Apparel).

Toutefois, les fournisseurs exercent souvent moins d'influence sur l'issue de ces procédures que les prêteurs ou les locateurs, puisqu'ils sont généralement plus dispersés et moins coordonnés que ceux-ci. Un seul grand locateur peut, par exemple, avoir des locataires en difficulté financière à plusieurs endroits et donc avoir un intérêt financier important dans l'issue des procédures. Par conséquent, un fournisseur dans un cas d'insolvabilité en particulier aura vraisemblablement un effet plus limité qu'un locateur mobilisé. Cependant, les fournisseurs en tant que groupe

sont des parties intéressées importantes qui peuvent magnifier leur voix collective grâce à une prise de décisions éclairées et à des mesures coordonnées.

## COMITÉS DE CRÉANCIERS



Au Canada, il est arrivé que des fournisseurs se soient regroupés en comités; toutefois, de tels comités se forment de façon ponctuelle, car ils ne sont pas expressément prévus par la loi,

comme c'est le cas aux termes du Chapitre 11.

Dans les procédures récentes de Target Canada sous le régime de la LACC, le tribunal, avec l'appui de Target Canada et du contrôleur désigné par le tribunal, a nommé un comité consultatif composé de spécialistes chevronnés de l'insolvabilité (dont des avocats de Blakes) qui représentaient un vaste éventail de parties intéressées, dont des fournisseurs de marchandises. Le comité consultatif faisait office de « groupe de rétroaction » et a consulté le contrôleur ainsi que les entités de Target Canada sur plusieurs aspects de l'affaire, notamment le traitement de créances intersociétés et l'élaboration d'un plan de distribution du produit de la liquidation. Au bout du compte, le plan a reçu un appui unanime et la participation du comité consultatif y était pour beaucoup. Fait à noter : c'est Target Canada qui a financé le comité consultatif. Celle-ci et le contrôleur étaient d'avis qu'il s'agissait là d'un bon moyen d'en arriver à une résolution consensuelle des questions en litige dans cette affaire.

## OBLIGATION DE FOURNIR



À la suite de la suspension des procédures habituellement imposée aux créanciers dans l'ordonnance initiale qui amorce les procédures sous le régime de la LACC, les fournisseurs ne peuvent interrompre l'exécution de

leurs obligations aux termes de contrats existants avec le détaillant débiteur, ni manquer à celles-ci ou les modifier, leur faire obstacle, les répudier, y mettre fin ou cesser de les exécuter, et ce, même si le contrat d'approvisionnement prévoit que l'obligation de fournir prend fin au dépôt d'une

procédure en insolvabilité. Comme le prévoit également le Chapitre 11, ces clauses *ipso facto* de résiliation sont inexécutables en présence d'une suspension de toute procédure de leur part.

En pratique, après le dépôt d'une demande de protection aux termes de la LACC, le débiteur ou le contrôleur désigné fera parvenir des lettres aux fournisseurs les informant du début des procédures sous le régime de la LACC et indiquant que l'ordonnance initiale prévoit la suspension de toute procédure de leur part.

Les dispositions relatives à la suspension servent à maintenir le *statu quo* à la date du dépôt et ne produisent des effets que dans les cas où un fournisseur a une obligation de fournir en vertu d'un contrat existant. Lorsqu'une obligation contractuelle de fournir ne naît qu'à l'acceptation d'un bon de commande ou de l'énoncé de travail soumis par le débiteur, le fournisseur peut généralement cesser d'accepter des bons de commande et d'approvisionner le détaillant débiteur. Toutefois, le fournisseur devra faire preuve de prudence avant de cesser l'approvisionnement si une suspension est en vigueur, même en l'absence d'un contrat d'approvisionnement écrit. Un débiteur peut prétendre qu'un contrat d'approvisionnement a été conclu verbalement ou découle du comportement des parties malgré l'absence d'un écrit. S'il était ainsi établi qu'un contrat existe, celui-ci serait alors visé par la suspension des droits de résiliation. En outre, les fournisseurs n'ayant pas d'obligation contractuelle de fournir pourraient être contraints à une telle obligation si le tribunal les désignait comme des fournisseurs essentiels (comme il est mentionné ci-après).

## AUCUNE OBLIGATION DE CONSENTIR DU CRÉDIT



Bien que la suspension limite la capacité d'un fournisseur de résilier un contrat d'approvisionnement, la LACC accorde aux fournisseurs certaines protections dans de telles circonstances. Elle prévoit en effet qu'une partie n'est pas tenue de continuer de fournir des marchandises ou des services à crédit ni d'accorder par

ailleurs des avances de crédit à la société débitrice (il est à noter que les débiteurs exigent souvent une confirmation de la part des fournisseurs que les paiements qui leur sont versés après le dépôt de la demande ne seront pas affectés à des sommes qui leur étaient dues avant ce dépôt, ou en compensation de telles sommes). La désignation d'un fournisseur à titre de fournisseur essentiel constitue la seule exception à cette règle.

De manière générale, un fournisseur qui doit continuer d'approvisionner un détaillant débiteur pendant des procédures sous le régime de la LACC pourra choisir parmi les cinq options suivantes.

- 1. Aucun changement :** Le fournisseur peut choisir d'approvisionner sans demander une modification du lien existant et continuer de consentir du crédit commercial. Contrairement aux réclamations relatives aux frais d'administration aux termes du Chapitre 11 pour l'approvisionnement après le dépôt de la demande, le fournisseur ne bénéficie pas automatiquement de protections spéciales aux termes de la LACC. Le fournisseur assume le risque qu'en cas de cessation imprévue des activités ou de faillite (l'équivalent du chapitre 7) du détaillant débiteur, il ne reçoive pas le paiement intégral des marchandises ou des services fournis à crédit après le dépôt de la demande. Certains fournisseurs se contentent néanmoins du niveau de financement dont le détaillant peut se prévaloir dans les procédures aux termes de la LACC et souhaitent accommoder ce dernier afin d'obtenir des contrats à l'avenir.
- 2. Modalités de paiement accéléré :** Le fournisseur et le débiteur peuvent convenir d'abrèger les modalités de paiement existantes (par exemple, passer de net 60 jours à net 15 jours) de manière à réduire l'exposition du fournisseur. Bien que cette option réduise le risque qu'un fournisseur ne reçoive pas le paiement intégral des marchandises ou des services fournis après le dépôt de la demande, elle ne l'élimine pas complètement. Le fournisseur peut préférer cette option pour atténuer son risque tout en accommodant le détaillant avec lequel il souhaite continuer à faire affaire.

- 3. Paiement à la livraison :** Le fournisseur peut choisir le paiement à la livraison pour se protéger davantage de l'exposition au détaillant insolvable. Bien que cette option protège complètement les fournisseurs en cas de fourniture de marchandises après le dépôt de la demande, le volume des envois et/ou le système administratif du débiteur ou du fournisseur peuvent rendre difficile sa mise en œuvre.
- 4. Paiement anticipé :** Le fournisseur qui impose des modalités de paiement anticipé reçoit le paiement intégral d'une commande passée après le dépôt de la demande, et ce, avant l'expédition des marchandises ou la prestation des services au débiteur conformément à cette commande. Habituellement, ces arrangements prévoient qu'un fournisseur traite les bons de commande ou l'énoncé de travail qu'il reçoit et accepte, tandis que le débiteur reçoit une facture ou une confirmation de commande indiquant le montant à payer avant que les marchandises ou les services soient fournis au débiteur. De manière générale, de tels arrangements sont plus faciles à mettre en œuvre que le paiement à la livraison.
- 5. Garantie de paiement :** Le débiteur peut également donner à un fournisseur une garantie de paiement sous d'autres formes (par exemple, un dépôt en espèces ou une lettre de crédit) afin de protéger celui-ci en cas de non-paiement. Les fournisseurs doivent s'assurer que le dépôt est suffisant pour couvrir leur exposition à tout moment pour que la garantie de paiement réduise efficacement l'exposition.

Les procédures sous le régime de la LACC du détaillant de mode spécialisé Comark Inc. (« Comark ») sont une variation intéressante de cette option. Comark avait obtenu une ordonnance lui permettant de conclure une facilité de garantie d'achat de marchandises (*Inventory Purchase Guarantee Facility*), car elle avait besoin de marchandises pour le temps des Fêtes alors que ses fournisseurs hésitaient à lui en fournir sans un paiement anticipé ou des dépôts. Comark estimait qu'il n'était pas prudent de verser des paiements anticipés aux fournisseurs (notamment aux fournisseurs étrangers) auxquels elle devait déjà des sommes antérieures

au dépôt de la demande et elle a choisi d'obtenir des garanties de paiement auprès d'un prêteur afin de garantir l'achat de marchandises après le dépôt de la demande.

## FOURNISSEURS ESSENTIELS



### Réclamations antérieures au dépôt de la demande

Dans certaines affaires aux termes de la LACC, notamment les procédures récentes de Sears Canada, de Toys Canada et d'Express Canada, les tribunaux ont autorisé le détaillant en difficulté à régler les dettes contractées avant le dépôt de la demande auprès de certains fournisseurs afin d'assurer l'approvisionnement ininterrompu de marchandises au détaillant. Ainsi, l'exécution de l'ordonnance initiale à l'encontre de fournisseurs étrangers pourrait être difficile et, en pratique, le seul moyen d'assurer l'approvisionnement continu serait alors de payer les arriérés cumulés avant le dépôt de la demande. De surcroît, si certains fournisseurs de services logistiques, courtiers en douane ou agents de vente n'honorent pas leurs engagements d'approvisionnement ou de service (malgré la suspension), la capacité du détaillant d'obtenir la livraison des marchandises dans les délais pourrait être considérablement réduite.

Dans ces circonstances, il peut être nécessaire de régler les montants dus avant le dépôt de la demande à un groupe de fournisseurs afin d'assurer l'approvisionnement continu. Dans les procédures de Toys Canada, le tribunal a noté que de tels paiements constitueraient normalement une forme de préférence (comme il est mentionné ci-après), mais a finalement accordé le recours sollicité, tout en soulignant que le paiement de réclamations antérieures au dépôt de la demande ne devrait pas être fréquent et que le contrôleur devait examiner la situation attentivement pour s'assurer que le paiement n'est effectué que pour maintenir un approvisionnement essentiel et ininterrompu de marchandises et de services.

## Charge consentie en faveur d'un fournisseur essentiel

Outre le pouvoir discrétionnaire quelquefois accordé aux détaillants de payer des réclamations de fournisseurs antérieures au dépôt de la demande, une société débitrice peut, aux termes de la LACC, présenter une requête demandant au tribunal de déclarer qu'une personne est un fournisseur essentiel, peu importe si un contrat d'approvisionnement est en vigueur ou non. Le tribunal doit alors être convaincu que la personne est un fournisseur de marchandises ou de services de la société débitrice et que les marchandises ou les services sont essentiels à la continuation de l'exploitation de celle-ci.

Si le tribunal déclare qu'un fournisseur est un fournisseur essentiel aux termes de la LACC, il peut alors exiger que des marchandises ou services soient fournis à la société débitrice à des conditions comparables aux modalités qui régissaient leur fourniture avant le dépôt ou aux conditions qu'il estime indiquées. La capacité du tribunal d'imposer des modalités financières (par exemple, le prix) différentes de celles énoncées dans un contrat fait l'objet d'un débat important au Canada et, à ce jour, aucun tribunal n'a modifié des modalités prévues dans un contrat d'approvisionnement. Lorsque le tribunal estime qu'une partie est un fournisseur essentiel, il doit également déclarer que tout ou partie des biens de la société débitrice sont grevés d'une charge ou sûreté, en faveur du fournisseur essentiel, d'un montant correspondant à la valeur des marchandises ou services fournis en application de l'ordonnance du tribunal.

## PAIEMENTS PRÉFÉRENTIELS



La LACC et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (Canada) contiennent des dispositions concernant, entre autres choses, l'examen et la contestation de paiements antérieurs au dépôt de la demande par la société débitrice

au motif qu'ils équivalent à une préférence. De manière générale, les réclamations des créanciers chirographaires seront traitées au prorata, et une société insolvable ne devrait pas, sans motif valable, régler la réclamation

d'un créancier chirographaire alors que celles des autres créanciers demeurent impayées. Si cela se produit, le paiement pourrait être contesté. Lorsqu'un fournisseur n'a pas de lien de dépendance avec la débitrice, il doit être établi que le paiement concerné a eu lieu au cours des trois mois précédant le cas d'insolvabilité initial (c'est-à-dire la demande initiale aux termes de la LACC) en vue de procurer au créancier une préférence par rapport à un autre créancier et que la débitrice était insolvable au moment de l'opération.

Aux termes du Chapitre 11, les fournisseurs qui ont reçu un paiement d'une société débitrice au cours de la période de 90 jours suivant le dépôt des procédures d'insolvabilité recevront automatiquement une lettre de la société débitrice ou d'un administrateur des réclamations demandant le remboursement de ce paiement. Les procédures au Canada sont beaucoup moins litigieuses alors que les exigences techniques pour l'annulation de ces opérations sont plus onéreuses. Les fournisseurs qui ont reçu un paiement d'une débitrice dans le cours normal avant le début de procédures sous le régime de la LACC peuvent toutefois être tranquilles, car de tels paiements ne sont presque jamais contestés.

## PROCESSUS DE RÉCLAMATIONS



Contrairement au Chapitre 11, en vertu de la LACC, la production d'une preuve de réclamation dans un délai déterminé après le début d'une affaire n'est pas exigée.

De manière générale, aux termes de procédures sous le régime de la LACC, les réclamations des fournisseurs seront traitées comme des réclamations non garanties qui doivent être prouvées dans le cadre d'un processus approuvé par le tribunal (dans la mesure où un tel processus est sollicité). Si des distributions sont effectuées, le paiement des réclamations non garanties se fait au prorata. Cependant, dans le cas de la liquidation ou de la vente de l'entreprise (plutôt que sa restructuration) et si le produit tiré de cette vente ou liquidation est insuffisant pour qu'il y ait des distributions aux créanciers chirographaires, une débitrice ne peut demander l'approbation d'un processus de traitement des

réclamations pour identifier et quantifier les réclamations non garanties. Par exemple, dans les procédures récentes de Golf Town sous le régime de la LACC, l'entreprise a été vendue en tant qu'entreprise en exploitation, mais le produit de la vente était insuffisant pour payer tous les créanciers garantis. Aucun processus de traitement des réclamations n'a été initié et les créanciers chirographaires n'ont rien reçu.

## AUCUNE RÉCLAMATION POUR LES MARCHANDISES FOURNIES DANS LES 30 JOURS



Dans le cadre de procédures de faillite ou de mise sous séquestre, les fournisseurs disposent d'un droit limité de reprise de marchandises fournies à un débiteur dans les 30 jours précédant la date de la faillite ou de la

mise sous séquestre. Ces marchandises doivent pouvoir être identifiées, dans le même état qu'au moment de leur livraison, en la possession du syndic ou du séquestre et ne pas faire l'objet d'une promesse de vente subséquente à une personne sans lien de dépendance. Ce droit de reprise de possession n'existe pas aux termes de la LACC, et la LACC ne contient aucune disposition analogue à celle du Chapitre 11 à l'égard d'un tel droit de revendication.

Dans les procédures de Target Canada sous le régime de la LACC, les conseillers juridiques de certains fournisseurs avaient indiqué leur intention de présenter une requête afin qu'une priorité soit accordée aux réclamations visant des marchandises fournies à Target Canada dans les 30 jours précédant la date de dépôt de la demande aux termes de la LACC. La théorie sous-jacente était que, dès le début, la procédure de Target Canada visait la liquidation de la société sans aucune intention ou tentative de trouver une solution pour la continuité de l'exploitation et qu'elle pouvait donc être assimilée à une faillite. Par conséquent, le raisonnement proposé était que le tribunal devrait exercer sa compétence en equity et importer dans cette affaire régie par la LACC le concept relatif aux réclamations sur les marchandises fournies dans les 30 jours qui existe en droit de la faillite. En

fin de compte, la requête n'a pas été présentée, mais si elle l'avait été, tout redressement accordé par le tribunal aurait constitué un précédent en la matière.

## CLAUSES DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ ET GARANTIE DES MARCHANDISES



Les contrats d'approvisionnement contiennent habituellement une clause usuelle de réserve de propriété qui prévoit que les marchandises fournies au détaillant demeurent la propriété du fournisseur, à moins qu'elles ne soient

payées intégralement. Aux termes de la législation sur les sûretés mobilières dans toutes les provinces de *common law* du Canada (c'est-à-dire toutes les provinces à l'exception du Québec), la réserve de propriété du fournisseur lui accorde simplement une sûreté sur les marchandises fournies afin de garantir le paiement du prix d'achat de ces marchandises. Les marchandises fournies sont elles-mêmes considérées comme des biens du détaillant, malgré la clause de réserve de propriété. À moins que le fournisseur n'ait parfait sa sûreté au moyen de la procédure d'enregistrement, il n'aura qu'une créance non garantie pour le prix d'achat impayé des marchandises et ne pourra faire aucune revendication quant à la propriété des marchandises elles-mêmes.

Si une sûreté est enregistrée, le fournisseur n'aura pas préséance sur les sûretés enregistrées antérieurement, à moins d'avoir satisfait aux exigences qui permettent d'accorder une priorité aux titulaires d'une sûreté en garantie du prix d'acquisition (une « SGPA ») aux termes de la législation sur les sûretés mobilières applicable. Afin d'obtenir cette priorité, le fournisseur de marchandises doit avoir enregistré sa sûreté dans le registre des sûretés mobilières provincial pertinent et avoir donné l'avis prescrit à toutes les autres parties garanties ayant un intérêt dans les marchandises du détaillant, avant la livraison des marchandises au détaillant. Même si le fournisseur a obtenu une SGPA sur les marchandises fournies, une fois que celles-ci auront été vendues, le fournisseur ne pourra pas faire valoir sa priorité sur le produit de cette vente, à moins que le produit ne puisse être retracé et identifié

comme étant le produit de la vente des marchandises concernées. Bien que le droit civil du Québec n'utilise pas la terminologie des SGPA, il prévoit des exigences particulières d'enregistrement pour les parties faisant valoir un droit de priorité sur des marchandises fondé sur des dispositions contractuelles de réserve de propriété.

## CONCLUSION

Les fournisseurs de marchandises sont des parties intéressées importantes dans une restructuration en vertu de la LACC. En effet, le but premier d'une restructuration dans ce secteur est de permettre au détaillant en difficulté de continuer à livrer ses marchandises d'une façon plus rentable et conviviale pour les consommateurs. La clé pour les fournisseurs est de se renseigner sur les procédures en insolvabilité et d'harmoniser leur approche de manière à pouvoir miser plus efficacement sur leurs intérêts financiers collectifs et servir de contrepoids à d'autres acteurs commerciaux d'importance.

Le prochain article de cette série traitera de l'insolvabilité dans le secteur du commerce de détail du point de vue d'un autre groupe important de parties intéressées, à savoir les sociétés mères.

## COMMUNIQUEZ AVEC NOUS

### MONTRÉAL

**Bernard Boucher**

514-982-4006

bernard.boucher@blakes.com

**Sébastien Guy**

514-982-4020

sebastien.guy@blakes.com

### TORONTO

**Pamela Huff**

416-863-2958

pam.huff@blakes.com

**Steven Weisz**

416-863-2616

steven.weisz@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

**Aryo Shalviri**

416-863-2962

aryo.shalviri@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