

Repères, Octobre, 2020

Suzie LAPRISE* et Gabrielle TREMBLAY*

Commentaire sur la décision 9354-9186 Québec inc. (Bluberi Gaming Technologies Inc.) c. Callidus Capital Corp. – Conditions d'approbation d'un accord de financement de litige à titre de financement temporaire et limites aux droits de vote des créanciers : de l'importance du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans une instance introduite en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies

Indexation

FAILLITE ET INSOLVABILITÉ

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I- LES FAITS](#)

[II- L'HISTORIQUE JUDICIAIRE](#)

[III- LA DÉCISION](#)

[A. Le pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans la qualification d'un « but illégitime » et des conséquences pour celui qui le recherche](#)

[B. La qualification des accords de financement des litiges dans les procédures d'insolvabilité à titre de « financement temporaire »](#)

[IV- LE COMMENTAIRE DES AUTEURES](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

Les auteures commentent cette décision dans laquelle la Cour suprême infirme entièrement la décision de la Cour d'appel du Québec et rétablit l'ordonnance du juge de première instance. Le plus haut tribunal du pays confirme dans ce jugement la vaste étendue du pouvoir discrétionnaire conféré au juge surveillant par la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et le degré élevé de déférence qu'elle commande de la part des instances supérieures. Plus spécifiquement, la Cour accueille, d'une part, les pourvois visant à rétablir le jugement du juge surveillant empêchant un créancier, agissant dans un but illégitime, de voter sur le plan d'arrangement qu'il propose et, d'autre part, ceux visant à rétablir l'ordonnance du juge surveillant approuvant un accord de financement d'un litige à titre de financement temporaire.

INTRODUCTION

La particularité première de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹ (LACC) est de permettre aux entreprises de procéder, dans un cadre plus flexible que celui de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*² (LFI), à une restructuration personnalisée pour éviter la faillite³. Comme corollaire de cette souplesse qui caractérise la LACC, les tribunaux bénéficient d'un important pouvoir discrétionnaire⁴. La discrétion accordée aux juges surveillants leur permet de rendre toute ordonnance appropriée afin de permettre la restructuration ordonnée d'une compagnie, et ce, notamment dans l'équilibre des intérêts des différentes personnes ou organisations concernées par le processus de restructuration.

L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire par le juge surveillant est au coeur du pourvoi devant la Cour suprême dans l'affaire *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp*⁵. La Cour suprême y traite d'abord de la question de savoir si le juge surveillant une instance de restructuration en vertu de la LACC dispose du pouvoir discrétionnaire d'interdire à un créancier de voter sur un plan d'arrangement qu'il propose s'il agit, ce faisant, dans un but illégitime. Elle y traite ensuite de l'étendue et de la nature de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver un accord de financement d'un litige à titre de financement temporaire. À ces deux questions, le juge surveillant dans l'affaire à l'étude a répondu par l'affirmative alors que la Cour d'appel a répondu par la négative. La Cour suprême rétablit quant à elle, intégralement, l'ordonnance rendue par le juge surveillant.

I- LES FAITS

Bluberi Gaming Technologies Inc. et ses sociétés liées, désormais devenues 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc. (collectivement « Bluberi »), oeuvrent notamment dans la vente et l'entretien de jeux et machines pour casinos. En 2012,

Bluberi obtient de Callidus Capital Corporation (Callidus), un prêteur sur actifs, une facilité de crédit d'environ 24 millions de dollars. En 2015, aux termes de modifications aux facilités de crédit octroyées par Callidus, le montant dû par Bluberi à Callidus s'élève déjà à 86 millions de dollars.

Toujours en 2015, alléguant avoir perdu confiance envers les habiletés de gestion de Bluberi, Callidus requiert l'embauche d'un directeur de l'exploitation et la constitution d'un conseil d'administration indépendant.

En novembre 2015, dans le cadre d'une demande qu'elle formule pour la délivrance d'une ordonnance initiale sous l'égide de la LACC, Bluberi allègue que la gestion *de facto* imposée par Callidus l'a menée à une crise de liquidité l'empêchant de faire face à ses obligations. L'ordonnance initiale recherchée lui fut accordée.

En février 2017, après que Bluberi eut obtenu l'autorisation du tribunal, en janvier 2016, de procéder à une vente d'actifs hors du cours normal de ses affaires⁶, Callidus se porte acquéreur de ceux-ci. Aux termes de cet accord de vente d'actifs, Callidus - dont la créance s'élevait à près de 135,7 millions de dollars - obtient l'ensemble des actifs de Bluberi et ne conserve à son encontre qu'une créance non libérée de 3 millions de dollars.

Dans la même convention, Bluberi se réserve quant à elle expressément le droit de réclamer des dommages à Callidus en raison de sa responsabilité alléguée dans les difficultés financières qu'elle a subies. Ces « réclamations réservées », que Bluberi estime valoir 200 millions de dollars, constituent le dernier actif de Bluberi et, donc, la seule garantie que possède Callidus pour sa créance de 3 millions de dollars.

En septembre 2017, alors que Bluberi souhaitait obtenir l'approbation d'un financement provisoire de 2 millions pour financer le coût de ses procédures liées aux « réclamations réservées » contre Callidus, cette dernière propose plutôt qu'un premier plan d'arrangement soit soumis aux créanciers. Par ce plan, Callidus propose d'avancer 2,63 millions de dollars pour rembourser une partie des créances de Bluberi en contrepartie de l'obtention d'une quittance totale et définitive de Bluberi au sujet des « réclamations réservées » à son endroit. En décembre 2017, le plan d'arrangement soumis au vote des créanciers par Callidus n'obtient pas l'appui nécessaire de la « double majorité ». Quoique la majorité en nombre soit atteinte, le seuil du « deux tiers » en valeur ne l'est pas⁷. Fait important : malgré l'avis exprimé alors par le contrôleur sur la valeur de la réclamation de Callidus, elle ne vote pas sur son plan en décembre 2017.

Le 6 février 2018, Bluberi demande cette fois au tribunal d'être autorisée à conclure un accord de financement temporaire avec IMF Bentham Limited (Bentham), afin de permettre le financement de son action en dommages contre Callidus. Callidus s'oppose à ce que cet accord soit autorisé, arguant qu'il ne s'agit pas d'un financement temporaire, mais plutôt d'un plan d'arrangement et qu'à ce titre, il doit être soumis au vote des créanciers.

Concurremment, Callidus demande l'autorisation du tribunal de soumettre au vote des créanciers un nouveau plan d'arrangement. À l'exception d'une bonification de 250 000 \$ de la somme à distribuer, ce nouveau plan est identique au premier. Cette fois cependant, Callidus demande à être reconnue à titre de créancière non garantie. Avançant que Bluberi n'a plus d'actifs, la garantie dont est assortie sa créance de 3 millions envers Bluberi n'aurait plus aucune valeur. Ce faisant, elle requiert l'autorisation de voter sur son propre plan d'arrangement, ce qu'elle n'a pas fait en décembre 2017.

II- L'HISTORIQUE JUDICIAIRE

Le juge surveillant, sur la demande relative au nouveau plan, a fait usage du pouvoir discrétionnaire lui étant conféré par l'article 11 LACC pour refuser à Callidus l'exercice de son droit de vote sur ce nouveau plan et, conséquemment, pour refuser que soit soumis aux créanciers ce nouveau plan d'arrangement. Pour ce faire, il a statué que par sa conduite, Callidus poursuivait un but illégitime, soit de contourner le résultat du vote obtenu quant au premier plan d'arrangement soumis aux créanciers.

Sur la demande relative à l'autorisation recherchée par Bluberi de conclure l'accord de financement de litige avec Bentham à titre de financement temporaire, le juge surveillant a rejeté la prétention de Callidus que cet accord de financement constitue un « plan d'arrangement » devant être soumis au vote des créanciers et a accueilli la demande d'approbation formulée, avalisant la position de Bluberi selon qui l'accord projeté constituait bien un financement temporaire.

À la demande de Callidus, l'ordonnance est intégralement infirmée par la Cour d'appel. Dans un jugement unanime rédigé par le juge Schrager, la Cour d'appel a d'abord jugé que Callidus devait être autorisée à voter sur son nouveau plan, sa tentative transparente d'obtenir quittance des réclamations de Bluberi à son égard ne pouvant constituer un but illégitime.

Qui plus est, la Cour d'appel a retenu les prétentions de Callidus que l'accord de financement dont Bluberi recherchait l'approbation constituait effectivement un plan d'arrangement et non un financement temporaire et, donc, a tranché qu'il devait être soumis au vote des créanciers. Dans tous les cas, la Cour d'appel a estimé que le juge surveillant avait erré dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

III- LA DÉCISION

Aux termes d'un jugement unanime, le plus haut tribunal du pays accueille les pourvois de Bluberi et Bentham et rétablit l'ordonnance du juge surveillant.

A. Le pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans la qualification d'un « but illégitime » et des conséquences pour celui qui le recherche

D'emblée, la Cour rappelle l'importance que confère la LACC au rôle et pouvoirs du juge surveillant, lequel est appelé à superviser, du début à la fin, chaque procédure fondée sur la LACC. Afin de procéder à une supervision adéquate, le juge surveillant jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire⁸ de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas. Ce rôle lui fait bénéficier d'une connaissance approfondie de la réalité commerciale dans laquelle évoluent les parties et des liens entre elles, lesquels tissent la toile des particularités de chaque dossier.

La Cour rappelle que les tribunaux d'appel doivent faire preuve d'une grande déférence à l'égard des ordonnances rendues par le juge surveillant, et ce, en raison de sa connaissance approfondie du processus de restructuration. L'intervention d'un tribunal d'appel ne sera justifiée qu'advenant la démonstration d'une erreur de principe ou de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable⁹.

Règle générale, un créancier dispose d'un droit de vote relativement à un plan d'arrangement qui a une incidence sur ses droits, qu'il propose lui-même ce plan ou non¹⁰. Le juge surveillant peut néanmoins limiter ce droit de vote lorsqu'il considère, de par sa connaissance approfondie du processus de restructuration d'un dossier donné, que ce créancier poursuit un but illégitime¹¹. Selon les motifs de la Cour, l'ordonnance du juge surveillant doit respecter les restrictions imposées par la LACC et doit être « indiquée » dans les circonstances¹².

En analysant la stratégie poursuivie par Callidus, la Cour souligne le fait que par la proposition de son nouveau plan d'arrangement, Callidus tentait de contourner le vote des créanciers ayant déjà rejeté son premier plan d'arrangement. Ce nouveau plan, bien que comportant une faible bonification des sommes à distribuer, était en somme similaire au premier.

Le vote de Callidus sur ce nouveau plan d'arrangement lui était capital puisque, suivant les résultats obtenus sur le premier plan d'arrangement soumis, le vote favorable de Callidus devait lui permettre d'atteindre le taux d'approbation représentant les deux tiers de la valeur totale des créances liquides et exigibles nécessaire pour l'adoption du plan¹³. Le vote de Callidus sur ce nouveau plan devait ainsi lui permettre de contrôler le vote et d'obtenir la quittance désirée.

La Cour identifie donc l'objectif de Callidus comme étant celui de contourner le résultat obtenu suite à la proposition de son premier plan. C'est cette volonté de Callidus de manipuler le vote des créanciers que la Cour qualifie de « but illégitime », requérant et justifiant pleinement l'intervention du juge surveillant.

La Cour est d'avis qu'un créancier ne poursuit pas un « but illégitime » dès lors qu'il agit dans son propre intérêt au détriment de celui de son débiteur. En l'espèce, le but illégitime poursuivi par Callidus n'était pas celui d'obtenir quittance des réclamations réservées par Bluberi à son endroit, mais bien de manipuler le vote des créanciers. La qualification par le juge surveillant de la recherche d'un « but illégitime » par Callidus étant bien fondée, la Cour suprême se dit d'avis qu'il n'y avait aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour d'appel.

B. La qualification des accords de financement des litiges dans les procédures d'insolvabilité à titre de « financement temporaire »

La Cour rappelle que le financement temporaire d'un litige est un outil souple pouvant revêtir plusieurs formes et ne se limite pas à l'octroi d'un fonds de roulement immédiat pour une compagnie débitrice¹⁴. Règle générale, l'objectif premier d'un financement temporaire est de préserver et réaliser la valeur des éléments d'actifs d'un débiteur.

Le seul élément d'actif de Bluberi susceptible de monétisation au bénéfice des créanciers étant, potentiellement, son droit d'action à l'encontre de Callidus, le litige et, surtout, son dénouement en faveur de Bluberi représente donc la seule forme de réalisation d'actifs que peuvent envisager Bluberi et ses créanciers.

Évacuant les difficultés rencontrées en *common law* ayant trait à la champartie, la Cour conclut que le financement de litige favorise la réalisation de l'objectif fondamental du financement temporaire : permettre au débiteur de réaliser la valeur de ses éléments d'actifs. Un tel accord peut être approuvé par le juge surveillant lorsque ce dernier l'estime juste et approprié selon les faits devant lui.

De surcroît, la Cour rejette l'argument de Callidus selon lequel l'accord de financement constituait un plan d'arrangement devant être soumis au vote des créanciers de Bluberi. Au sens de la LACC, un plan d'arrangement doit minimalement comporter une certaine transaction à l'égard des droits des créanciers, ce qui n'était pas le cas avec l'accord de financement proposé par Bluberi et Bentham¹⁵. Comme le financement temporaire ne constituait pas un plan d'arrangement, le juge surveillant disposait du pouvoir discrétionnaire d'autoriser cet accord à titre de financement temporaire, un tel financement requérant l'autorisation de la Cour et non un vote favorable des créanciers.

IV- LE COMMENTAIRE DES AUTEURES

La décision commentée souligne et insiste sur l'importance du rôle du juge surveillant dans un processus de restructuration entrepris sous l'égide de la LACC. Sa connaissance accrue de la réalité commerciale des parties, des procédures qu'elles ont intentées ou contestées et de la toile de fond générale du dossier permettent au juge surveillant, qui bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire, de bénéficier de la latitude nécessaire afin de rendre les ordonnances appropriées pour répondre aux besoins des parties et remplir les objectifs de la LACC. Partant de ce constat, nous sommes d'avis que la décision commentée servira de frein auprès des tribunaux d'appels, qui devront avoir à l'esprit que le juge surveillant le processus de restructuration bénéficie d'une connaissance très fine du dossier et de ses particularités et devront, conséquemment, se garder d'intervenir comme l'a fait la Cour d'appel dans ce cas précis. La démonstration d'une erreur de principe ou d'un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire par le juge surveillant devra être recherchée par les instances d'appels avant qu'elles puissent intervenir.

La décision étudiée met d'ailleurs en lumière les particularités non seulement de la LACC, mais des lois en matière d'insolvabilité : elles poursuivent des objectifs réparateurs généraux pour lesquels il est primordial de faire appel aux notions de pragmatisme, d'efficacité, de célérité et d'équité. Ces notions, comme le rappelle la Cour de façon implacable, commandent que les instances d'appel et les parties elles-mêmes aient à l'esprit que le droit d'appel de décisions rendues par les juges surveillants de telles instances est assujéti à des tests rigoureux. L'appel, en pareille matière, doit selon nous, être exceptionnel.

Cette décision s'inscrit également dans le respect de la volonté du législateur, lequel a récemment codifié l'obligation qui s'impose à tout intéressé d'agir de bonne foi dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité¹⁶. À ce titre, selon nous, la poursuite d'un but illégitime par un créancier pourrait possiblement constituer une atteinte à cette obligation de bonne foi. Le cas échéant, l'ordonnance rendue par un juge surveillant pour empêcher un créancier d'agir dans un but « illégitime » pourrait tout autant se fonder sur l'article 11 LACC que sur l'article 18.6 LACC.

CONCLUSION

Par cette décision unanime rendue séance tenante, le plus haut tribunal du pays souligne et insiste, de toute évidence, sur l'importante déférence à accorder au pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans une instance régie par la LACC. Il sera utile de voir l'effet de ces enseignements et rappels de la Cour suprême sur les tribunaux d'appels, mais aussi sur les parties. Les parties à une telle instance devront en effet garder à l'esprit que leurs procédures et leurs positions pourront être étudiées par le juge surveillant à tout moment du processus de restructuration. L'établissement d'une stratégie durable, dans un processus de nature évolutive comme celui gouverné par la LACC, gardera certainement les parties alertes - c'est à tout le moins à souhaiter.

* M^e Suzie Laprise, avocate au sein du cabinet Beauvais Truchon, avocats, concentre sa pratique en litige civil et commercial, principalement en matière de faillite et insolvabilité ainsi que dans les domaines de la construction et des sûretés. M^e Gabrielle Tremblay, avocate au sein du même cabinet, pratique quant à elle en litige civil et commercial.

[1.](#) L.R.C. (1985), ch. C-36.

[2.](#) L.R.C. (1985), ch. B-3.

[3.](#) Bernard BOUCHER, « Procédures en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies », dans *Jurisclasseur Québec : Droit des affaires - Faillite, insolvabilité et restructuration*, Lexis Nexis Canada inc., 2010.

[4.](#) Art. 11 LACC.

[5.](#) 2020 CSC 10, [EYB 2020-353198](#).

[6.](#) Par. 36(1) LACC.

[7.](#) Par. 6(1) LACC.

[8.](#) Par.11 LACC.

[9.](#) Para 53 de la décision commentée.

[10.](#) À l'exception des créanciers liés qui ne peuvent voter pour l'acceptation d'un plan d'arrangement, par. 22(3) LACC.

[11.](#) Art. 11 LACC.

[12.](#) Par 67 de la décision commentée.

[13.](#) Par. 6(1) LACC.

[14.](#) Par. 85 de la décision commentée.

[15.](#) Par. 102 de la décision commentée.

[16.](#) Par. 18.6 LACC ; Art. 4.2 LFI (codifiés en 2019 par la Loi n^o 1 d'exécution du budget de 2019, LRC (2019), c. 29, art. 133, 140).

Date de dépôt : 13 octobre 2020

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.

©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.