

PRATIQUES EXEMPLAIRES POUR LES LOCATEURS COMMERCIAUX AUX PRISES AVEC UN LOCATAIRE INSOLVABLE (ADAPTÉ POUR LE QUÉBEC)

Publié le 16 février, 2021

Catégories: [Perspectives](#), [Publications](#)

Bon nombre de locateurs commerciaux s'inquiètent de plus en plus de la hausse considérable de faillites ou de restructurations que la pandémie pourrait causer chez les locataires. Nous vous présentons ici les principaux enjeux pour les locateurs des cas de défaillance et de l'insolvabilité des locataires, et vous proposons des pratiques exemplaires en vue d'atténuer les pertes. Nous dresserons également le portrait des principales procédures d'insolvabilité ou de restructuration qui pourraient concerner un locataire commercial, notamment les faillites, les mises sous séquestre et les propositions sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (la « **LFI** »)^[1], ainsi que les procédures aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la « **LACC** »)^[2], et nous aborderons les répercussions de telles procédures sur les droits et la situation financière du locateur. Aux fins du présent article, nous désignerons ces procédures sous le nom de « procédures d'insolvabilité et de restructuration ».

Connaissez les modalités du bail

Vous trouverez ci-après les principaux problèmes que doivent fréquemment gérer les locateurs en cas d'insolvabilité d'un locataire. Toutefois, les droits d'un locateur dépendent essentiellement des modalités du bail. C'est pourquoi le locateur doit d'emblée examiner soigneusement son bail et les documents connexes, comme les garanties et les indemnités.

Que faire si vous soupçonnez une insolvabilité imminente d'un locataire

On considère généralement qu'un locataire est insolvable s'il n'arrive pas à payer ses dettes et obligations à leur échéance. Les locateurs qui soupçonnent ou apprennent qu'un de leurs locataires vit des difficultés financières importantes disposent de plusieurs options pour protéger leurs intérêts et leur situation financière. Par exemple, selon les circonstances, le locateur pourrait :

- accorder à son locataire un allègement du loyer, auquel cas une suspension ou un report des paiements de loyer peuvent être négociés. Cela peut permettre au locataire de continuer d'occuper les lieux;

- renoncer à certaines conditions du bail, notamment en permettant à un locataire de fermer son entreprise de façon ordonnée, sans recourir à des procédures d'insolvabilité ou de restructuration. Les baux commerciaux de locataires du commerce de détail comprennent souvent des dispositions interdisant la liquidation des affaires du locataire ou les ventes de fermeture. En négociant la renonciation à certaines dispositions, les locateurs peuvent conserver un certain contrôle et un droit de regard sur la liquidation ou la fermeture de l'entreprise du locataire et évitent ainsi le discrédit associé à l'insolvabilité ou à la restructuration d'un locataire;
- ajouter au bail des dispositions de loyer exigible par anticipation qui seront applicables en cas de faillite ou de restructuration du locataire;
- obtenir d'autres garanties et indemnités auprès de tiers, lesquelles seront applicables si le locataire est en défaut à l'égard du bail ou fait l'objet de procédures d'insolvabilité ou de restructuration;
- résilier le bail avant que le locataire ne déclare faillite ou avant le début des procédures d'insolvabilité. Une fois les procédures d'insolvabilité et de restructuration commencées, le locateur devra obtenir l'acquiescement du locataire et de la personne nommée par le tribunal pour superviser les procédures ou encore une ordonnance du tribunal, pour pouvoir résilier le bail^[3].

Il existe toutefois des restrictions gouvernementales pouvant entraver la capacité du locateur à résilier le bail^[4].

Quelles sont les répercussions de l'insolvabilité d'un locataire sur le bail?

En règle générale, les procédures de restructuration – une proposition aux termes de la LFI ou une procédure aux termes de la LACC – permettent au locataire de conserver son entreprise et de poursuivre ses activités. Ces procédures ont des répercussions sur les locateurs bien différentes de celles des mises sous séquestre ou des faillites sous le régime de la LFI, qui impliquent bien souvent la liquidation des actifs du locataire par une personne nommée par le tribunal. Nous présenterons chaque type de procédures ci-après. D'autres options existent, comme les règlements à l'amiable et les restructurations encadrées par les lois sur les sociétés, mais il n'en sera pas question dans le présent article.

(1) Proposition – LFI

En cas de proposition, le locataire cherche habituellement à vendre son entreprise en cours d'exploitation ou propose un règlement à ses créanciers. Il demeure propriétaire de son entreprise et en poursuit généralement les activités pendant le processus, sous la supervision d'une personne nommée par le tribunal, appelée le syndic de la proposition. Les principales répercussions d'une proposition entreprise en vertu de la LFI sur les droits des locateurs et des locataires sont les suivantes :

- il y a une suspension des procédures automatique en cas d'avis d'intention de faire une proposition, ce qui signifie que le locateur ne peut tenter ni continuer aucune action en justice pour recouvrer les arriérés de loyer (sauf exception) durant la période de proposition[5];
- le locataire peut occuper les lieux pendant la période de proposition, pourvu qu'il paie son loyer après le dépôt de la proposition[6];
- le locateur ne peut résilier le bail sans : (1) l'acquiescement du locataire et du syndic chargé de superviser la proposition; ou (2) une ordonnance du tribunal déterminant que le maintien du bail causerait de sérieuses difficultés financières au locateur[7];
- le locataire demeure lié par les modalités du bail, à moins de le résilier sur préavis de trente (30) jours au locateur[8];
- le locateur peut s'opposer à la résiliation en invoquant qu'elle n'est pas nécessaire à la viabilité financière de la proposition[9];
- la résiliation du bail met fin aux droits, aux intérêts et aux obligations du locataire aux termes du bail. En cas de résiliation, le locateur n'a pas de réclamation pour le loyer exigible par anticipation, et la proposition précisera si le locateur peut faire une réclamation pour le préjudice subi du fait de la résiliation.

Après le dépôt de la proposition, les créanciers ayant des réclamations prouvées voteront pour accepter ou refuser la proposition. Si 50 % des créanciers représentant les deux tiers de la valeur des créances votent en faveur de la proposition, celle-ci sera réputée acceptée, sous réserve de l'approbation du tribunal[10]. Si la proposition est rejetée, le débiteur est automatiquement réputé failli[11].

(2) Restructuration – LACC

Un locataire insolvable peut aussi se prévaloir de la LACC, dont le processus de restructuration supervisé par un tribunal est souvent plus flexible que la procédure de proposition de la LFI. Il demeure propriétaire de son entreprise et en poursuit généralement les activités pendant le processus, sous la supervision d'une personne nommée par le tribunal, appelée le contrôleur. Les recours offerts par la LACC ne sont accessibles qu'aux locataires débiteurs d'au moins cinq millions de dollars[12]. Les procédures engagées en application de la LACC ont aussi d'importantes répercussions sur les baux :

- il n'y a pas de suspension des procédures automatique, mais le locataire peut normalement en obtenir une au début des procédures, au moyen d'une ordonnance du tribunal[13];
- le locataire doit payer le loyer subséquent, à moins ou jusqu'à ce qu'il résilie ou cède le bail[14];
- en règle générale, le tribunal permet au locataire de résilier (sur préavis de trente (30) jours au locateur) ou de céder le bail (sans avoir besoin du consentement du locateur, pourvu qu'il remédie à tous les

manquements d'ordre pécuniaire);

- le locateur peut contester la résiliation[15] ou la cession[16].

Les pertes du locateur découlant de la résiliation sont traitées comme des créances chirographaires[17]. De nombreuses procédures hautement médiatisées entamées en application de la LACC dans les dernières années par des compagnies débitrices étaient en partie motivées par une volonté de résilier des baux coûteux.

(3) Cession volontaire ou ordonnance de faillite involontaire – LFI

À la faillite d'un locataire sous le régime de la LFI, tous les actifs du locataire sont dévolus à une personne nommée par le tribunal, appelée le syndic de faillite. Dans un tel cas, le locataire ne peut plus exploiter son entreprise. Le syndic devient responsable de liquider les actifs du locataire et d'en distribuer le produit à ses créanciers.

Voici les principales répercussions d'une faillite sur les droits des locateurs et des locataires :

- il y a automatiquement suspension des procédures[18], et le syndic peut occuper les lieux, pourvu qu'il paie le loyer subséquent[19];
- dans certaines provinces dotées d'une loi sur les sûretés mobilières (LSM), dans les trois mois suivant la cession ou l'ordonnance de faillite, le syndic doit choisir entre résilier le bail, conserver les lieux pendant tout ou partie du terme non expiré, ou céder le bail (avec l'approbation du tribunal)[20];
- le locateur peut produire une preuve de réclamation pour le préjudice subi du fait de la résiliation ou pour un pourcentage de la perte de loyer[21];
- si le syndic cède le bail, toutes les sommes dues dans le cadre du bail doivent être payées intégralement[22].

Dans une faillite, les diverses créances du débiteur sont payées dans un ordre particulier. La réclamation privilégiée du locateur au titre des arriérés de loyer est réglée après que les créanciers garantis et certains autres créanciers privilégiés (comme l'Agence du revenu du Canada) ont été payés intégralement. La réclamation privilégiée est limitée : (i) aux arriérés de loyer pour une période de trois mois précédant la faillite et (ii) au loyer exigible par anticipation pour une somme supplémentaire correspondant à trois mois de loyer, si le bail le prévoit. Tous les biens se trouvant sur les lieux sont vendus, et le produit de la vente sert à régler la réclamation du locateur. Le montant total recouvré ne peut excéder le produit de la vente[23]. Si d'autres sommes sont réclamées en plus de la réclamation privilégiée, le locateur se retrouve alors parmi les créanciers non garantis[24].

(4) Mise sous séquestre

Un séquestre peut être nommé à l'égard des biens et de l'entreprise d'un locataire : (1) dans le cadre d'un

contrat de garantie conclu avec un créancier garanti – c'est ce qu'on appelle un séquestre nommé privément; (2) en application d'une ordonnance du tribunal rendue sous le régime de la LFI ou d'une loi provinciale – on l'appelle alors le séquestre judiciaire. En règle générale, le séquestre prend le contrôle des actifs du locataire et les vend pour régler les dettes de ce dernier auprès des créanciers.

Séquestre nommé privément (provinces dotées d'une LSM). Lorsqu'un séquestre est nommé dans le cadre d'un contrat de garantie, ce même contrat en énonce les pouvoirs. Par exemple, un contrat de garantie contient pratiquement toujours une disposition qui permettra au séquestre d'agir à titre de mandataire du débiteur. Il importe de souligner que le séquestre nommé privément rend des comptes aux créanciers garantis, et non au débiteur ou à son locateur. Le séquestre nommé privément est essentiellement mandaté par un créancier pour faire appliquer un contrat de garantie. Dans de tels cas, le locateur conserve tous ses droits à l'égard du locataire.

Séquestre judiciaire. L'article 243 de la LFI et certaines lois provinciales autorisent le tribunal à nommer un séquestre s'il est convaincu que cela est juste ou opportun dans les circonstances^[25]. L'ordonnance du tribunal dans laquelle est nommé le séquestre énonce ses pouvoirs, c'est-à-dire, normalement, de prendre possession des biens du débiteur, de se charger de ses affaires et de liquider ses actifs sous la supervision du tribunal. Au contraire des séquestres nommés privément, les séquestres judiciaires sont mandatés par le tribunal et redevables à toutes les parties concernées, mais sont généralement nommés par les créanciers garantis du débiteur.

Pratiques exemplaires pour les locateurs dont les locataires entreprennent des procédures d'insolvabilité ou de restructuration

Lorsqu'il apprend qu'un de ses locataires a entrepris des procédures d'insolvabilité ou de restructuration, le locateur doit agir au plus vite. Il doit notamment s'assurer :

- d'effectuer immédiatement un prélèvement aux termes de lettres de crédit, si possible^[26];
- d'exercer les recours à sa disposition à l'encontre des répondants ou cautions du bail. Les recours à l'encontre des répondants ou des cautions ne sont pas limités par les procédures de faillite, bien qu'ils pourraient être touchés par les ordonnances rendues en application de la LACC;
- de faire le nécessaire pour recevoir l'information destinée aux créanciers, notamment en faisant parvenir ses coordonnées au syndic de la proposition, au contrôleur, au syndic de faillite ou au séquestre, et en faisant ajouter son nom ou celui de son avocat à toute liste de signification utilisée par le tribunal pour délivrer les documents de procédure;
- d'obtenir les réponses à diverses questions préliminaires d'importance, notamment :
 - de quel type de procédure s'agit-il?

- où la procédure se tient-elle? Le locateur saura alors s'il doit engager un avocat dans une province autre que la sienne. Il faut également savoir que tant la LACC que la LFI prévoient la coordination des procédures de restructuration en contexte transfrontalier^[27], ce qui peut grandement jouer sur les droits d'un locateur si les procédures d'insolvabilité ou de restructuration ont été entreprises hors du Canada, sous un régime où ces droits diffèrent.
- quelle est la prochaine date importante? Par exemple, y a-t-il une audience prévue prochainement? Existe-t-il une échéance à respecter pour la soumission de documents, par exemple une preuve de réclamation?
- d'informer rapidement le locataire et/ou la personne nommée par le tribunal de toute inquiétude ou de tout enjeu juridique. Vu la vitesse à laquelle les procédures d'insolvabilité sont menées, le locateur qui tarde à engager un avocat ou à faire connaître sa position risque de manquer le train;
- de soumettre à temps toute preuve de réclamation. Le locateur qui omettrait de remettre à temps une preuve de réclamation pourrait ne pas pouvoir voter à l'égard de la proposition faite par le locataire à ses créanciers, ou encore voir sa réclamation à l'endroit du locataire rejetée. C'est pourquoi il est capital que les locateurs conservent et consultent tous les documents remis par les locataires ou les personnes nommées par le tribunal dans le cadre de procédures d'insolvabilité et de restructuration;
- de se préparer à louer les lieux si le locataire décide de résilier le bail.

[1] *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, LRC 1985, ch. B-3, par. 65.11(1) [LFI].

[2] *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, LRC 1985, ch. C-36, par. 3(1) [LACC].

[3] LFI, par. 65.11(1).

[4] Par exemple : La loi ontarienne interdit aux locateurs, dans certaines circonstances, de résilier le bail et de pratiquer une saisie-gagerie en cas de non-paiement du loyer. Il est à noter que dans les provinces dotées d'une LSM, les locateurs disposent d'un droit de saisie-gagerie, ce qui n'est pas le cas sous le régime du Code civil du Québec.

[5] LFI, par. 69(1).

[6] *Cosgrove-Moore Bindery Services Ltd, Re*, (2000) 48 O.R. (3d) 540 (C.S. Ont.). Il est à noter que le modèle des ordonnances rendues en vertu de la LACC, qui diffère d'une province à l'autre, peut prévoir un loyer aux deux semaines. Cela dit, ce sont les conditions de l'ordonnance rendue dans une procédure particulière qui ont préséance.

[7] LFI, par. 65.1(1) et 65.1(6).

[8] LFI, par. 65.2(1).

[9] LFI, par. 65.2(3).

[10] LFI, par. 54(1).

[11] LFI, art. 57.

[12] LACC, par. 3(1).

[13] LACC, art. 11.

[14] LACC, art. 11.01.

[15] Le locateur peut s'opposer à la cession au motif que la résiliation du bail ne favorise pas la restructuration.

[16] Le locateur peut s'opposer à la cession au motif que le cessionnaire est incapable de satisfaire aux obligations du bail ou qu'il n'est pas une « personne adéquate » (par exemple, s'il prévoit utiliser les lieux d'une manière qui contrevient au bail).

[17] LACC, par. 32(7).

[18] LFI, par. 69.3(1).

[19] *Loi sur la location commerciale*, LRO 1990, chap. L7, par. 38(2) [LLC]. Il est à noter que les tribunaux du Québec reconnaissent généralement que les clauses ipso facto, qui permettent la résiliation d'un bail à la suite de la faillite du locataire, sont effectivement opposables au syndic de faillite.

[20] LLC, par. 38(2); *Commercial Tenancies Act*, RSBC 1996, c 57, art. 29 [BC CTA]; *Landlord's Rights on Bankruptcy Act*, RSA 2000, c L-5, art. 8-9 [LRBA]. Il n'existe rien de tel dans le *Code civil du Québec*.

[21] LFI, par. 65.2(4).

[22] LLC, par. 38(2); BC CTA, par. 29(3); LRBA, al. 8(2)b).

[23] LFI, al. 136(1)f).

[24] LFI, art. 136.

[25] *Lemare Lake Logging c. 3L Cattle Company*, 2013 SKQB 278.

[26] *7636156 Canada Inc v OMERS Realty Corporation*, 2019 ONSC 6106.

[27] Dispositions fondées sur le guide législatif de la CNUDCI sur l'insolvabilité en contexte international, comparables au chapitre 15 du *Bankruptcy Code* des États-Unis.

par [Laura Brazil](#), [Kourtney Rylands](#), Michael Hanlon et [Maya Provad](#) (stagiaire)

Mise en garde

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder uniquement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt consulter ses propres conseillers juridiques.

© McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l. 2021