

**La restructuration des universités financées par les deniers
publics :**

**Rapport sur la procédure d'insolvabilité de
l'Université Laurentienne ainsi que sur les enjeux et
les solutions possibles pour le secteur universitaire**

par

Simon Archer et Erin Sobat
Goldblatt Partners LLP

et

Virginia Torrie
Professeure agrégée et doyenne associée (programme Juris Doctor)
Faculté de droit de l'Université du Manitoba

Décembre 2021

Table des matières

<i>Résumé du rapport</i>	- 2 -
III. Élargissement de la portée de la LACC.....	- 24 -
IV. Application de la LACC aux universités	- 31 -
V. Limites de l'opposition à l'application de la LACC aujourd'hui.....	- 46 -
VI. Restructuration des universités publiques en Ontario.....	- 70 -
VII. Options de réforme du droit de l'insolvabilité applicables aux universités.....	- 127 -
VIII. Étapes suivantes pour les groupes d'employés	- 149 -
Annexe A : Chronologie des procédures d'insolvabilité de l'Université Laurentienne	- 168 -
Annexe B : Commentaires divers sur l'insolvabilité de l'Université Laurentienne.....	- 172 -
Annexe C : Protections des employés dans les procédures de restructuration.....	- 177 -
Annexe D : Libellés concernant les situations de nécessité financière dans les conventions collectives	- 2 -

Résumé du rapport

L'Université Laurentienne (la **Laurentienne**) est la première université publique de l'histoire du Canada à avoir déposé une demande de protection contre ses créanciers en vertu d'une loi sur la restructuration commerciale, à savoir la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la **LACC**). Avant cela, l'idée qui prévalait était que les universités ne pouvaient, ni ne devaient demander une protection contre leurs créanciers en recourant à des procédures d'insolvabilité commerciale.

La crise financière qui a frappé la Laurentienne n'était ni complètement imprévue, ni uniquement un problème à court terme survenu pendant la période de la COVID-19. D'après certaines sources, la Laurentienne connaissait des déficits de fonctionnement depuis un certain temps – ceux-ci avaient peut-être même commencé 10 ans avant qu'elle ne demande une protection contre ses créanciers. Ses auditeurs avaient signalé ces déficits à son conseil des gouverneurs, et il semble que les quelques tentatives faites en vue de les résorber aient été infructueuses. On sait également que l'Association des professeurs et professeurs de l'Université Laurentienne (**APPUL**) a tenté de déclencher la procédure de restructuration décrite dans sa convention collective, d'abord en 2017, puis en 2020, mais que l'administration s'y est refusée. Finalement, d'après les médias, en décembre 2020, l'administration a sollicité l'aide du gouvernement de l'Ontario, qui la lui a refusée ou qui ne lui en a pas apporté suffisamment. Le 1^{er} février 2021, la Laurentienne a présenté une demande de protection contre ses créanciers en vertu de la LACC.

Demander une protection contre ses créanciers en vertu de la LACC est une démarche extraordinaire pour n'importe quelle organisation, et encore plus pour une organisation financée par les deniers publics. Cette demande a pour effet de « suspendre » toute autre procédure – autrement dit d'interrompre toutes les autres procédures judiciaires, ou la plupart d'entre elles – et d'obliger les intervenants (appelés les « créanciers » dans une procédure de la LACC) à négocier des concessions à leur contrat ou à leurs réclamations sous la menace d'une dissolution de l'organisation concernée. L'ensemble de la procédure est supervisé par un tribunal, avec l'assistance d'un « contrôleur », qui présente à celui-ci un rapport sur le processus et qui formule des recommandations. Sous réserve de l'approbation du tribunal, le processus de restructuration est largement piloté par la compagnie débitrice, en collaboration avec le contrôleur.

Pendant ce processus, aux fins des négociations visant à obtenir des concessions de la part des créanciers, ceux-ci sont divisés en catégories : la division la plus essentielle est celle qui sépare les créanciers garantis – ceux qui, en cas de dissolution, seraient payés en priorité – des créanciers chirographaires – ceux qui, en cas de dissolution, seraient payés en dernier. (Il existe des catégories beaucoup plus restreintes de créanciers ayant une « super-priorité » imposée par une loi, ainsi que certains vides contestés dans la hiérarchie.)

Les créanciers garantis ont des pouvoirs de négociation supérieurs à ceux des créanciers chirographaires grâce à leur capacité de négocier – avant l'insolvabilité – une sûreté sur tout ou partie des actifs du débiteur. Ces créanciers peuvent saisir ces actifs en garantie des dettes impayées. On trouve généralement dans cette catégorie les banques et autres prêteurs.

Le coût de la main-d'œuvre fait habituellement partie des dépenses essentielles qu'une organisation cherche à réduire lors d'une procédure sous le régime de la LACC (ou de toute autre procédure de restructuration). Les groupes d'employés ont tout un éventail de types de réclamations, parmi lesquelles les plus nombreuses sont généralement les réclamations non garanties. Contrairement aux créanciers garantis, les groupes d'employés ne peuvent généralement pas négocier en vue d'obtenir une sûreté large sur les actifs d'un employeur. En revanche, la législation en matière de travail et d'emploi contient une série de protections qui contribuent à corriger le déséquilibre existant entre employés et employeurs au niveau du pouvoir de négociation. Dans les universités, ces protections revêtent généralement la forme d'un accord de reconnaissance volontaire ou d'une convention collective conclue en vertu de la législation provinciale sur les relations de travail.

C'est peut-être parce que les procédures d'insolvabilité commerciale n'étaient pas considérées comme accessibles ou applicables que de nombreuses conventions collectives d'associations de personnel enseignant contiennent en fait des dispositions sur les procédures de restructuration, généralement appelées « dispositions relatives à une nécessité financière ». Ces dispositions prévoient un processus qui pourrait autoriser les universités à réduire leurs budgets, à modifier ou à supprimer des programmes et à licencier des membres du corps professoral en cas d'urgence financière. Cependant, l'ouverture d'une procédure sous le régime de la LACC suspend et remplace ces processus négociés de relations de travail, ainsi que les mécanismes connexes de résolution des conflits, comme l'arbitrage des griefs, interdisant en fait complètement leur utilisation.

En résumé, les normes et les procédures de la LACC remplacent en grande partie les normes et les procédures des relations de travail aux fins de la restructuration dans le cadre d'une insolvabilité, ce qui procure un avantage significatif à la compagnie débitrice, qui est aussi l'employeur. Cette situation exerce une pression extrême sur les groupes d'employés pour négocier des concessions.

Une procédure sous le régime de la LACC procure également un avantage aux autres créanciers ou intervenants qui, dans le cas de la Laurentienne, incluent le principal bailleur de fonds des universités, à savoir le gouvernement de l'Ontario. Le ministère des Collèges et Universités a surveillé la procédure, mais il n'a adopté aucune position formelle devant le tribunal et n'a pas participé à la restructuration. Il n'a pas été tenu, par exemple, d'indiquer quel financement il pourrait fournir à la Laurentienne en sus de ses engagements existants, ou de donner son opinion sur le plan de restructuration. Certes, il a peut-être donné son opinion en privé à certains intervenants, mais rien ne l'obligeait à le faire publiquement ou à en aviser les groupes d'employés les plus directement touchés par la restructuration.

Il s'agit de la dynamique de base d'une procédure sous le régime de la LACC, qui est un processus flexible conçu pour résoudre les crises de liquidité dans les grandes sociétés commerciales. Cette procédure n'est pas destinée aux organisations sans but lucratif qui ont un mandat d'utilité publique et qui sont financées par un gouvernement.

Il semblerait que nous soyons au début d'un nouvel élargissement du champ d'application de la LACC pour permettre la restructuration des universités publiques et peut-être d'autres organisations financées par un gouvernement. Si tel est le cas, cet élargissement aura pour effet d'écarter les protections existantes, contractuelles et autres, des employés et des autres intervenants, à l'exception de ceux qui ont le pouvoir de se protéger grâce aux pratiques normalisées des contrats commerciaux. Nombre d'intervenants du secteur public n'utilisent pas (encore) ces pratiques. C'est un moment charnière pour examiner le rôle de la LACC vis-à-vis des organisations publiques et les solutions disponibles pour résoudre les types de problèmes soulevés par la demande de la Laurentienne.

Le chapitre 1 résume brièvement le fonctionnement de la LACC, notamment des critères d'admissibilité et des pouvoirs qu'a un tribunal chargé d'appliquer la LACC de modifier des ententes juridiques existantes. Dans le cas de la Laurentienne, le tribunal a estimé que celle-ci pouvait se prévaloir de la LACC, parce qu'elle était constituée en personne morale et qu'elle faisait face à une grave crise de liquidité, nonobstant le fait qu'elle dépende d'un financement public. L'annexe A contient une chronologie résumant la procédure (toujours en cours) suivie par la Laurentienne jusqu'à ce jour. L'annexe B contient un résumé des publications et des commentaires concernant la procédure de la Laurentienne.

Le chapitre 2 contient un bref historique de la LACC elle-même. À l'origine, la LACC avait pour objet de proposer un recours aux gros créanciers commerciaux. Certes, elle a été remodelée en recours pour les débiteurs investis d'un mandat public au cours du 20^e siècle, mais, dans la pratique, elle continue de servir avant tout les intérêts des créanciers privés. L'annexe C contient, à titre de référence, un résumé des détails plus techniques concernant les droits des employés lors d'une procédure d'insolvabilité.

Le chapitre 3 contient un résumé sur l'élargissement de la LACC au-delà de son objet d'origine, qui découle en grande partie des décisions judiciaires rendues de 1980 à aujourd'hui. La LACC s'applique de plus en plus à de nouveaux types de débiteurs, ce qui a étendu l'autorité de la législation fédérale relative à l'insolvabilité. Ce contexte aide à comprendre comment on en est arrivé à considérer que la LACC s'applique à des organisations auxquelles elle n'était pas censée s'appliquer au départ, et il permet de discerner et d'évaluer les arguments utilisés pour élargir le champ d'application de la LACC, et pour contester cet élargissement.

Le chapitre 4 développe ces arguments et analyse en quoi et pourquoi la LACC n'est pas un véhicule approprié pour la restructuration des universités publiques ou des organisations ayant un mandat et un financement publics. La LACC est conçue pour les organisations commerciales à but lucratif, leurs marchés et leurs préoccupations. En l'utilisant pour la restructuration des universités ou d'autres organisations du secteur parapublic, on écarte les normes de gouvernance et de surveillance publiques, de négociation collective, et d'autonomie universitaire. Ce faisant, on finit par céder le contrôle démocratique de ces organisations aux conseils d'administration d'entreprises, aux créanciers commerciaux et à la législation fédérale relative à l'insolvabilité.

Le chapitre 5 décrit la manière dont les intervenants, et surtout les groupes syndicaux, ont cherché à contester l'application de la LACC lors de procédures d'insolvabilité antérieures, dont celle de la Laurentienne. Ainsi, des groupes d'employés ont soutenu que l'organisation concernée ne satisfaisait pas à l'un des critères d'admissibilité de base prévus dans la LACC, comme le critère d'insolvabilité; qu'elle était de mauvaise foi ou qu'elle avait des fins inappropriées; ou qu'il serait plus approprié de traiter la restructuration dans un autre cadre – peut-être celui des relations de travail. Ces contestations s'appuient largement sur les éléments de preuve spécifiques présentés au tribunal, qui sont souvent entre les mains de la compagnie débitrice et du contrôleur. Les incidences de l'application élargie de la LACC sont que, sans réforme législative, les intervenants devront avoir une solide base factuelle pour contester n'importe quelle procédure menée sous le régime de la LACC. D'un point de vue pratique, sans réforme législative, une leçon essentielle est que les contestations ont au mieux une issue incertaine et que les groupes d'employés devraient chercher à intervenir dans les procédures menées sous le régime de la LACC le plus tôt possible et veiller à ce que les arguments en faveur de leurs intérêts figurent au dossier dont disposent les tribunaux.

Le chapitre 6 examine les solutions de rechange existantes et potentielles que les universités pourraient utiliser en lieu et place d'une procédure d'insolvabilité commerciale. Ces solutions comprennent notamment les procédures relatives à une nécessité financière qui sont prévues dans la plupart des conventions collectives du personnel enseignant. Les auteurs examinent et comparent ces procédures avec une procédure d'insolvabilité commerciale afin de dégager les principes qui devraient guider toute restructuration d'une université, notamment la primauté du mandat académique; la transparence entre les parties, avec une alerte et un avis précoces sur la situation financière; l'examen de tous les autres moyens de réaliser des économies de coûts et de toutes les autres sources de revenus (y compris publiques); et une définition claire des rôles que jouent dans la restructuration les organes de gouvernance prévus dans la loi (le sénat universitaire et le conseil des gouverneurs), les cadres dirigeants et les groupes d'employés. Lorsque la nécessité de réductions budgétaires a été établie, tout licenciement devrait être décidé grâce aux procédures normalisées de relations du travail. Ces principes et ces procédures pourraient être compilés dans une mise à jour du « code modèle des situations de nécessité financière » de l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université (ACPPU) afin qu'ils puissent être utilisés lors de l'élaboration de politiques, dans les arguments juridiques, pour la formation des membres et aux fins de la réforme législative. L'annexe D contient à titre de référence des exemples de dispositions relatives à une nécessité financière tirées de plusieurs conventions collectives existantes de membres de l'ACPPU.

Le chapitre 6 contient également un examen des ententes de financement actuelles conclues avec les universités de l'Ontario, et des pouvoirs d'intervention dans ces universités conférés par la loi. Ces ententes n'abordent aucunement les urgences financières ou la restructuration. Cependant, dans les pouvoirs statutaires existants, il existe une base permettant de proposer un système de rechange. Un examen d'administrations publiques comparables montre qu'en plus de la restructuration commerciale, d'autres pouvoirs et procédures statutaires (comme le financement d'urgence et le financement provisoire) pourraient être adoptés au Canada afin de faciliter les restructurations méthodiques des universités.

Le chapitre 7 énonce et examine une série de réformes potentielles qui permettraient de résoudre les problèmes liés à l'application des procédures de restructuration commerciale aux universités et aux autres organisations publiques. Ces réformes pourraient notamment consister à interdire aux universités publiques de se prévaloir de la LACC ou, à titre subsidiaire, à modifier la LACC afin d'y inscrire l'obligation pour le bailleur de fonds public de participer aux transactions finales ou aux plans d'arrangement et de les approuver. D'autres réformes pourraient intégrer dans les normes existantes de la LACC les principes qui devraient régir la restructuration des universités, par exemple en ajoutant des modalités propres aux organisations publiques dans les modèles d'ordonnances utilisés par les tribunaux chargés d'appliquer la LACC.

Les solutions de rechange viables comprennent également la mise en place d'une procédure de restructuration en dehors du régime de la LACC. Il existe un vaste éventail de réponses potentielles, qui vont de la création d'une procédure permettant de demander des prêts d'urgence et une procédure de restructuration supervisée sous le régime de la législation provinciale existante à la promulgation de pouvoirs autorisant explicitement une province à intervenir dans l'administration d'une université dans les situations d'urgence, à l'instar de ce qui existe actuellement pour les collèges ontariens, en passant par l'instauration d'un régime autonome et propre au secteur dans lequel a lieu la restructuration, comme ce qui a quelquefois été mis en place au Canada dans le passé. Le « code modèle des situations de nécessité financière » pourrait notamment aider les associations de personnel académique à promouvoir ces solutions de rechange, surtout à l'échelon provincial.

Le chapitre 8 commence par un résumé des leçons apprises à ce jour de la procédure d'insolvabilité de la Laurentienne, qui est toujours en cours au moment de rédiger ces lignes. Ces leçons comprennent le faible niveau de circulation de l'information entre l'administration et les associations du personnel; le non-recours aux autres procédures de restructuration existantes; la (non-)participation du gouvernement de l'Ontario; l'utilisation de la présentation d'une demande sous le régime de la LACC pour isoler et arracher des concessions aux groupes d'employés (et aux universités affiliées), mais pas aux autres créanciers; et le manque de transparence de la procédure menée sous le régime de la LACC, qui a été régie par des protocoles et des principes commerciaux.

Ce chapitre contient ensuite une description des mesures que les groupes d'employés peuvent prendre pour protéger leurs intérêts lors d'une future restructuration potentielle. Ainsi, ils pourraient chercher à négocier en vue d'obtenir de meilleures procédures en cas de situation de nécessité financière ou d'imposer à l'employeur des obligations d'alerte précoce pour tout projet de restructuration, y compris quand celui-ci a l'intention de demander une protection contre ses créanciers. Ces modalités négociées peuvent mentionner expressément des exigences de bonne foi conformément aux normes de la LACC et à celles des relations de travail. Les groupes d'employés peuvent également se préparer aux éventuelles procédures d'insolvabilité en collaborant avec des conseillers en vue de comprendre et de définir des positions relativement aux causes des difficultés financières, à la nécessité de la restructuration et à tout autre argument juridique. Une fois qu'une demande a été déposée, il peut être approprié de contester celle-ci ou le contenu de l'ordonnance initiale. Les mesures mises en œuvre dépendront grandement du contexte factuel. Enfin, nous suggérons que les efforts de réforme législative visant à limiter l'application de la LACC et à proposer des processus de restructuration de rechange s'inscrivent dans le cadre de campagnes d'action politique continue.

Il convient d'ajouter une dernière chose à propos du thème du présent rapport. Nous traitons des universités financées par les deniers publics et de leur contexte particulier, surtout en Ontario. Cependant, certains des enjeux soulevés dans ce rapport peuvent s'appliquer, avec les modifications appropriées, aux organisations financées par des deniers publics du secteur parapublic. Quelquefois, nous faisons référence aux organisations publiques, mais un examen complet d'un secteur, quel qu'il soit – comme les hôpitaux, les municipalités ou les organisations de services sociaux – nécessiterait une prise en compte de ses acteurs, de ses normes et de ses processus spécifiques.

I. Introduction

Résumé

La LACC permet aux sociétés insolvable qui ont des dettes d'un montant supérieur à 5 M\$ d'obtenir une protection contre les réclamations de leurs créanciers pendant la restructuration de leurs activités. La Laurentienne a pu se prévaloir de cette protection, car elle est constituée en personne morale en vertu d'une loi provinciale (la Loi constitutive de l'Université Laurentienne de Sudbury), qu'elle était endettée à hauteur de plus de 5 M\$ et qu'elle faisait face à une grave crise de liquidité, nonobstant le fait qu'elle reçoit un financement public. Les tribunaux chargés d'appliquer la LACC disposent de vastes pouvoirs leur permettant de modifier des ententes juridiques existantes dans le cadre d'un processus de restructuration.

La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC)* prévoit un mécanisme permettant à une entreprise en difficulté d'obtenir la protection d'un tribunal à l'égard de ses créanciers pendant qu'elle procède à une restructuration de ses activités, de ses actifs et de ses dettes¹. En vertu de la LACC, un tribunal a le pouvoir de suspendre (à savoir d'interrompre) toutes les procédures judiciaires existantes et futures menées contre la compagnie débitrice de manière à ce que celle-ci puisse négocier et mettre en œuvre un plan de restructuration acceptable pour la majorité de ses créanciers et pour le tribunal. Le tribunal nomme également un « contrôleur » financier qui supervise le processus de restructuration et lui présente un rapport sur les progrès réalisés².

Toute « compagnie débitrice » qui a des dettes d'un montant supérieur à 5 M\$³ peut demander la protection de la LACC. Une compagnie débitrice s'entend notamment

Toute « compagnie débitrice » qui a des dettes d'un montant supérieur à 5 M\$ peut demander la protection de la LACC.

d'une personne morale ou d'une fiducie de revenu qui est en faillite ou insolvable⁴. La LACC ne définit pas le terme « insolvable », mais de nombreux tribunaux

¹ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36 [LACC].

² *Ibid*, art. 11.7 et 23.

³ *Ibid*, para. 3(1).

⁴ *Ibid*, para. 2(1), « compagnie débitrice ».

utilisent la définition de « personne insolvable » qui est donnée dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI). Cette expression désigne une personne qui est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance, qui a cessé d'acquitter ces obligations dans le cours ordinaire des affaires, ou dont la totalité des biens n'est pas suffisante, s'il en était disposé lors d'une vente, pour permettre l'acquittement de ces obligations⁵. Cependant, certains tribunaux se sont montrés plus flexibles en statuant qu'une personne morale est insolvable quand, sans la protection de la LACC, elle risque raisonnablement de se retrouver à court de liquidité avant de pouvoir mener à bien sa restructuration⁶.

Aucune disposition de la LACC n'exclut explicitement les organisations « publiques », y compris les entités du « secteur parapublic » comme les universités et les hôpitaux financés

Aucune disposition de la LACC n'exclut explicitement les « organisations publiques » [...] de la définition de « compagnie débitrice ».

par les deniers publics, de la définition de « compagnie débitrice »⁷. La Laurentienne a été jugée admissible à la protection de la LACC, parce qu'elle était constituée en personne morale en vertu d'une loi de l'Assemblée législative provinciale, qu'elle avait des dettes d'un montant supérieur à 5 M\$, et qu'elle était face à une « grave crise de liquidité » d'après ses états financiers et son témoignage par affidavit devant le tribunal⁸. Le statut d'organisation sans but lucratif de la Laurentienne n'a eu aucune incidence sur son admissibilité, en partie parce que des procédures sous le régime de la LACC ont précédemment été entamées relativement à des entreprises sans but lucratif⁹. Le tribunal n'a pas traité des incidences politiques plus vastes de sa décision

⁵ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2, une « personne insolvable » [LFI], désigne une personne qui n'est pas en faillite et qui réside au Canada ou y exerce ses activités ou qui a des biens au Canada, dont les obligations s'élèvent à au moins 1 000 \$.

⁶ Voir, par exemple, *Stelco Inc.*, 2004 CanLII 24933 (C. sup. Ont.) au para. 26 [*Stelco*], demande d'autorisation d'appel rejetée, [2004] OJ no 1903 (C.A. Ont.), [2004] C.S.C.R. no 336 (C.S. Can.).

⁷ Le « secteur parapublic » regroupe les organismes qui reçoivent des fonds du gouvernement de l'Ontario, sans toutefois en faire partie, notamment les hôpitaux, les universités, les collèges et les conseils scolaires : voir, par exemple, gouvernement de l'Ontario, « Responsabilisation du secteur parapublic », (dernière mise à jour le 12 août 2021), en ligne : <<https://www.ontario.ca/fr/page/responsabilisation-du-secteur-parapublic-responsabilisation-du-secteur-parapublic>>.

⁸ *Laurentien University of Sudbury*, 2021 ONSC 659, aux para. 25 à 34.

⁹ *Ibid*, aux para. 28 et 29.

selon laquelle une université financée par les deniers publics pouvait se prévaloir de la LACC.

Les tribunaux disposent d'une vaste gamme de pouvoirs sous l'autorité de la LACC. Ils peuvent résilier ou céder des contrats, approuver la vente d'actifs, révoquer des administrateurs de la compagnie débitrice, et créer des sûretés prioritaires spéciales sur les actifs de la compagnie débitrice pour garantir un financement temporaire ou des honoraires¹⁰. Ils sont également dotés du pouvoir général de rendre toute ordonnance qu'ils estiment indiquée compte tenu des circonstances¹¹.

Cependant, une ordonnance de suspension initiale ne peut pas durer plus de 10 jours, et les redressements sont limités à ceux qui sont « normalement nécessaires à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires durant cette période »¹². Cette restriction a pour but de permettre à toutes les parties intéressées d'être avisées de la demande initiale présentée en vertu de la LACC avant la tenue d'une « nouvelle audience » au cours de laquelle le tribunal peut examiner des redressements supplémentaires. De plus, le demandeur qui sollicite une suspension des procédures doit convaincre le tribunal que l'ordonnance est opportune¹³. Lorsqu'il sollicite une prorogation de la suspension, il doit en outre prouver qu'il agit de bonne foi et avec la diligence voulue dans la procédure de restructuration¹⁴.

Fait intéressant, bien que les tribunaux puissent résilier des contrats de travail individuels, ils ne peuvent pas en faire autant pour les conventions collectives, à moins d'avoir l'accord des parties¹⁵. Cependant, si les parties ne parviennent pas à un accord volontaire dans le cadre de la procédure de restructuration, la compagnie débitrice peut solliciter, moyennant un préavis de cinq jours, une ordonnance l'autorisant à donner au syndicat un avis de négociations collectives en vertu de la législation applicable en

¹⁰ LACC, précité à la note 1, art. 11.2, 11.3, 11.5, 11.52 et 32.

¹¹ *Ibid*, art. 11.

¹² *Ibid*, art. 11.001 et para. 11.02(1).

¹³ *Ibid*, al. 11.02(3)a).

¹⁴ *Ibid*, al. 11.02(3)b).

¹⁵ *Ibid*, al. 32(9)b) et para. 33(1). Cette restriction a été ajoutée en 2009 : voir Nick E Milanovic, « Much Ado: Evaluating the Collective Agreement Amendments in the BIA and CCAA » (2015) 18 CLEJ 595.

matière de négociations collectives¹⁶. Toute révision de la convention collective donne droit à l'agent négociateur à une réclamation non garantie pour une somme équivalant à la valeur des concessions accordées à l'égard de la période non écoulée de la convention originale¹⁷. Dans la pratique, certains syndicats peuvent ne pas avoir beaucoup d'autres choix hormis celui d'accepter de faire des concessions selon les circonstances. Nous traitons des protections de base des employés en vertu de la LACC et de la LFI à l'annexe C.

Bien que la compagnie débitrice doive continuer de payer ses employés pour leurs services pendant qu'elle bénéficie de la protection de la LACC, cette obligation est interprétée étroitement comme s'appliquant uniquement aux services postérieurs à la demande (et pas, par exemple, aux indemnités de préavis)¹⁸. Un tribunal peut aussi suspendre temporairement les autres paiements requis en vertu d'une convention collective, étant donné que pareille mesure est considérée comme une suspension et non comme une extinction des obligations de l'employeur¹⁹.

Les tribunaux chargés d'appliquer la LACC tiennent souvent compte des considérations d'« intérêt public » au moment de décider si une ordonnance particulière est indiquée au vu des circonstances²⁰. Cependant, dans le contexte de la LACC, la notion d'intérêt public est nébuleuse et manque d'une définition distincte²¹. Il ne s'agit pas d'une expression juridique, et elle est hautement flexible en fonction de la matrice des faits de chaque cas d'insolvabilité. En elle-même, cette expression est plutôt vide de sens, mais elle revêt pourtant une énorme importance dans la législation relative à l'insolvabilité en raison de la fréquence de son utilisation dans les motifs donnés par les juges pour l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Lors de la promulgation de la LACC dans les

¹⁶ *Ibid*, para. 33(2) et (3).

¹⁷ *Ibid*, para. 33(5).

¹⁸ Voir *Nortel Networks Corporation*, 2009 CanLII 31600 (C. sup. Ont.), para. 67, confirmé, 2009 ONCA 833, demande d'autorisation d'appel refusée, 2010 CanLII 14818 (C.S. Can.).

¹⁹ *Ibid*.

²⁰ Voir, par exemple, *Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleums Ltd.*, 1988 CanLII 3560 (C.B.R. Alb.).

²¹ Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A History of the Companies' Creditors Arrangement Act*, Toronto, University of Toronto Press, 2020, p. 144.

années 1930, l'idée principale derrière cette expression était de fournir un moyen méthodique permettant aux acteurs commerciaux privés de continuer de participer aux marchés des prêts de financement et à but lucratif en imposant une restructuration à une compagnie débitrice. Cet objet a été élargi à partir des années 1980, en partie parce que la LACC a commencé à être utilisée pour les liquidations d'entreprises (à savoir pour la *sortie* du marché). En substance, dans la LACC, servir l'intérêt public signifie [traduction] « faire ce qui est logique au vu des circonstances », et la méthodologie pour établir ce qui est [traduction] « logique » consiste à appliquer l'optique axée sur le marché utilisée en droit commercial.

Points à retenir

- 1. La LACC permet à une « compagnie débitrice » qui a des dettes d'un montant supérieur à 5 M\$ d'obtenir une suspension de toutes les autres procédures judiciaires de manière à avoir le temps de restructurer ses activités, ses actifs et ses dettes sous la supervision d'un tribunal.*
- 2. Les tribunaux chargés d'appliquer la LACC ont de vastes pouvoirs qui leur permettent de résilier et de céder des contrats (autres que les conventions collectives), d'approuver la vente d'actifs, de révoquer des administrateurs et de créer des sûretés ayant une super-priorité, notamment pour servir de garantie à un financement temporaire.*
- 3. La Laurentienne a été jugée admissible à la protection de la LACC, parce qu'elle est constituée en personne morale en vertu d'une loi provinciale et qu'elle faisait face à une grave crise de liquidité.*
- 4. La LACC n'exclut pas explicitement les universités et n'exige pas non plus des tribunaux qu'ils examinent si une compagnie débitrice éventuelle reçoit un financement public.*
- 5. Le dépôt d'une demande de protection contre les créanciers a pour effet concret que les groupes d'employés (et les autres créanciers) subiront des pressions pour négocier des concessions.*

II. Aperçu historique de la LACC

Résumé

La LACC n'a pas été prévue pour s'appliquer aux organisations du secteur public. Elle a été créée dans les années 1930 pour fournir un recours aux créanciers garantis. Après la Grande Dépression, elle a végété dans les recueils de lois pendant de nombreuses années. Avec le temps, les réformes bloquées de la faillite, l'utilisation croissante du pouvoir discrétionnaire des juges et les récessions des années 1980 et 1990 ont fait naître une nouvelle « rhétorique » autour de la restructuration des entreprises. La rhétorique contemporaine accorde un rôle plus prééminent à l'intérêt public et aux préoccupations des intervenants lors des restructurations sous le régime de la LACC. Cependant, dans la pratique, la LACC reste un recours des créanciers, et elle est conçue pour traiter les enjeux et les intérêts qui se présentent dans un cadre commercial.

La LACC a été promulguée en 1933¹. On croit généralement que sa promulgation a été faite en réponse à la Grande Dépression et aux nombreuses insolvabilités d'entreprises qui ont eu lieu dans les années 1930². Ce récit des origines de la LACC cadre parfaitement avec l'idée actuelle selon laquelle cette loi vise à prendre en compte les préoccupations des intervenants et à contribuer à servir l'intérêt public au sens large dans des marchés économiques fonctionnels en facilitant la restructuration des compagnies débitrices³. Cependant, la première étude historique de la LACC – publiée en 2020 – démontre que cette croyance courante n'est pas fondamentalement corroborée par les données historiques⁴.

*[...] la LACC visait à
fournir un recours aux
gros créanciers
garantis.*

Dans *Reinventing Bankruptcy Law*, la professeure Virginia Torrie affirme que la LACC visait à fournir un

¹ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, S.C. 1932-1933, ch. 36.

² Voir, par exemple, Janis Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, aux p. 12 et 13; Alfonso Nocilla, « The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Restructuring Law in Canada » (2014) 56:1 Can Bus LJ 73, aux p. 75 et 76; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, au para. 16 [Century Services].

³ Voir, par exemple, *Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleums Ltd.*, 1988 CanLII 3560 (C.B.R. Alb.) [Norcen Energy]; Sarra, *Creditor Rights*, précité à la note 2.

⁴ Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A History of the Companies' Creditors Arrangement Act*, Toronto, University of Toronto Press, 2020, aux p. 46 et 47.

recours aux gros créanciers garantis⁵. Cette loi proposait à ces créanciers une méthode plus que nécessaire de restructuration des compagnies débitrices, après que les dispositions facilitant la restructuration ont été supprimées des contrats de prêt privés⁶.

La LACC était une transcription dans le droit d'une très ancienne pratique des créanciers consistant à utiliser un séquestre pour reprendre les activités des débiteurs en difficulté dans une tentative visant à restructurer l'entreprise, si possible, ou sinon à faire respecter les droits que la loi reconnaît aux créanciers durant la liquidation de l'entreprise⁷.

La LACC, ou un instrument similaire, étaient nécessaires en 1933, parce que les gros créanciers institutionnels eux-mêmes risquaient de faire faillite s'ils ne réussissaient pas à restructurer leurs investissements (comprendre : les compagnies débitrices)⁸. L'objet originel de la LACC était étroitement axé sur la fourniture d'une aide aux créanciers, avec des avantages accessoires éventuels pour les autres parties et parties prenantes.

Cependant, les compagnies débitrices ont souvent cherché à se restructurer sous le couvert de la LACC sans la surveillance des créanciers, et cette pratique a été considérée comme un abus de la loi⁹. En 1953, le législateur a réaffirmé que l'objet de la LACC était de proposer un recours aux créanciers lorsqu'il a adopté une modification empêchant les compagnies débitrices d'utiliser cette loi sans séquestre pour représenter les créanciers¹⁰.

⁵ *Ibid*, aux p. 48 et 49.

⁶ *Ibid*, aux p. 35 et 36.

⁷ *Ibid*, aux p. 26 et 29. La LACC, loi fédérale, a fait l'objet d'une controverse constitutionnelle pour cette raison, puisque la mise sous séquestre et les recours des créanciers garantis étaient jusque-là des domaines de compétence exclusivement provinciaux. Voir Virginia Torrie, « *The Companies' Creditors Arrangement Act Reference Case, 1934* » (2020) 64:1 Can Bus LJ 46, à la p. 47. Voir aussi Thomas GW Telfer et Virginia Torrie, *Debt and Federalism: Landmark Cases in Canadian Bankruptcy and Insolvency Law, 1894–1937*, Vancouver, UBC Press, 2021.

⁸ Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 37.

⁹ *Ibid*, aux p. 71 et 72.

¹⁰ *Loi modifiant la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, 1933*, S.C. 1952–1953, ch. 3; *ibid*, à la p. 82.

Comment en est-on arrivé à penser que la LACC visait à aider les débiteurs et à répondre aux préoccupations des groupes d'intervenants? Pourquoi considère-t-on que cette loi sert l'intérêt public de marchés fonctionnels plus généralement?

Une convergence de divers facteurs a donné naissance à la rhétorique contemporaine entourant la LACC, qui suggère d'accorder un rôle plus prééminent aux préoccupations de tous les intervenants (et pas seulement à celles des créanciers garantis) lors d'une procédure d'insolvabilité, et contient l'idée que la restructuration commerciale en elle-même peut servir l'intérêt public de marchés fonctionnels.

L'un des éléments essentiels de la vision moderne de la LACC est qu'en raison du désintérêt manifesté par le législateur pour la réforme de l'insolvabilité jusqu'à la moitié du 20^e siècle, la LACC était le seul régime législatif à même de traiter la totalité des dettes et la restructuration des affaires d'une entreprise¹¹. Par conséquent, le flot d'insolvabilités d'entreprises qui ont découlé des récessions des années 1980 et 1990 a été canalisé vers la LACC.

De plus, les changements d'interprétation législative survenus dans les années 1980 ont beaucoup plus mis l'accent sur l'objet de la législation interprétée¹². Cela a élargi le rôle des juges dans l'interprétation et l'application de la LACC. Face à la vague de demandes en vertu de la LACC, les juges ont musclé cette loi chétive en utilisant leur pouvoir discrétionnaire pour rendre des décisions sous le régime de cette loi¹³. Ces exercices de pouvoir discrétionnaire ont de plus en plus pris valeur de précédent et ont constitué un ensemble de droit pratique aux fins de l'administration des insolvabilités en vertu de la LACC. Ce phénomène a été facilité par la prolifération des recueils de jurisprudence en ligne, qui elle-même reposait sur les progrès de l'informatique et

¹¹ Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, aux p. 89 et 90, et 93 et 94. La *Loi sur la faillite* de l'époque traitait uniquement de la restructuration des réclamations non garanties. Elle avait donc peu d'utilité concrète, puisque la majeure partie des dettes d'une entreprise insolvable est généralement faite de créances garanties.

¹² Elmer A Driedger, *The Construction of Statutes*, 1^{re} éd., Toronto, Butterworths, 1974, cité dans Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 110.

¹³ Voir, par exemple, *Westar Mining Ltd.*, 1992 CanLII 1863 (C.S.C.-B.) [*Westar Mining*], cité dans Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 112.

l'invention de l'Internet. Par conséquent, les motifs donnés par les juges pour exercer leur pouvoir discrétionnaire se sont propagés à travers tout l'univers informationnel de la LACC – dans les précédents jurisprudentiels, les recueils de jurisprudence, et même dans les comptes rendus des médias sur les grandes affaires d'insolvabilité¹⁴.

Dans les années 1980 et 1990, la jurisprudence et la pensée juridique américaines ont redéfini la restructuration des sociétés insolvable en la présentant comme étant porteuse de bénéfices potentiels pour différents groupes d'intervenants et même pour le grand public¹⁵.

De telles idées étaient très éloignées de celles qui ont conduit à la promulgation de la LACC dans les années 1930. Même au pire de la Grande Dépression, la législation relative à l'insolvabilité au Canada était considérée comme un recours pour les créanciers de nature essentiellement privée¹⁶. À la fin du 20^e siècle, cependant, les idées modernes ont fait leur chemin dans les tribunaux canadiens. Les juges ont remodelé la LACC en recours pour les débiteurs, conçu pour servir l'intérêt public au sens large, en restructurant l'entreprise insolvable au lieu de la liquider¹⁷. Cette idée (nébuleuse) a été répétée suffisamment souvent – dans les tribunaux, dans la presse et dans les publications savantes – pour finir par être considérée comme l'objet originel de la LACC¹⁸. Or, bien que la rhétorique entourant la LACC ait considérablement changé, les dispositions de la LACC elle-même sont majoritairement

*Les juges ont
remodelé la LACC
en recours pour les
débiteurs [...]*

¹⁴ Voir, par exemple, Anne Fletcher, « Little Known Law Saves a Business », *Financial Post* (17 septembre 1990), section 4, p. 36; Heather D. Whyte, « Canada's Chapter 11 Is Suddenly a Hit », *Financial Post* (20 mai 1991), section 1, p. 3.

¹⁵ Voir, par exemple, Elizabeth Warren, « Bankruptcy Policy » (1987) 54:3 U Chicago L Rev 775, citée dans Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 101. Au Canada, la loi sur l'insolvabilité des cultivateurs à l'époque de la Grande Dépression est une pseudo-exception, car elle était motivée en partie par la reconnaissance des conséquences politiques et économiques désastreuses des forclusions massives de fermes dans des régions concentrées dans les Prairies canadiennes. Voir Virginia Torrie, « Federalism and Farm Debt During the Great Depression: Political Impetuses for the Farmers' Creditors Arrangement Act, 1934 » (2019) 82:2 Sask L Rev 203, aux p. 205 à 207; « The Farmers' Creditors Arrangement Act Reference Case and Rehabilitating Debtors » dans Telfer et Torrie, *Debt and Federalism*, précité à la note 7, aux p. 103 à 106.

¹⁶ Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 42.

¹⁷ Voir, par exemple, *Norcen Energy*. Ces idées ont été émises par des professeurs de droit, notamment la professeure Janis Sarra : voir Sarra, *Creditor Rights*, précité à la note 2.

¹⁸ Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, aux p. 117 à 119.

restées *inchangées* par rapport à celles promulguées en 1933¹⁹. Comme le résume le professeur Anthony Duggan, [traduction] « les tribunaux ont interprété la [LACC] de façon extensive pour appliquer une politique qu'ils avaient eux-mêmes inventée »²⁰.

La réinvention de la LACC s'est articulée autour des droits et des intérêts des travailleurs canadiens. Ironie du sort, il s'agit d'un groupe dont les intérêts n'ont jamais été visés par la LACC et qui continue de

La réinvention de la LACC s'est articulée autour des droits et des intérêts des travailleurs canadiens.

se heurter à des problèmes systémiques pour accéder à la procédure et obtenir des résultats satisfaisants²¹. La relation compliquée des travailleurs avec la LACC est emblématique des contradictions inhérentes à ce domaine du droit. Ces contradictions résultent des efforts des juges pour convertir un recours des créanciers en un cadre censé servir l'intérêt public au sens large, sans fondamentalement modifier la base commerciale sous-tendant cette loi²². Il en résulte un décalage entre ce que la LACC est censée faire et ce qui tend à arriver dans la pratique.

Les groupes et les enjeux syndicaux étaient totalement absents des premières discussions sur la LACC et de l'application de celle-ci²³. Les crises économiques et sociales des années 1930 ont généré de nombreuses réformes des politiques publiques en faveur des intérêts des travailleurs, comme l'assurance-chômage et l'élaboration d'une politique publique visant à favoriser le plein emploi²⁴. Il a fallu attendre les années 1960 pour qu'apparaisse au Canada un grand parti politique reposant sur une

¹⁹ *Ibid*, à la p. 89; *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36.

²⁰ Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. xii (avant-propos de Anthony Duggan).

²¹ Voir, par exemple, Jason A Waxman, « The Stelco Restructuring Paradox » (2009) 13 *Just Labour* 48 (article sur les nombreuses contestations déboutées du syndicat contre la demande de protection de Stelco sous le régime de la LACC); Tony Reyes et Jennifer Stam, « Employee-related Issues in the Nortel CCAA Proceedings » (2010) 26:1 *BFLR* 85 (article sur les efforts infructueux du syndicat afin d'obtenir des indemnités de départ et de préavis dans le cadre de la demande de protection de Nortel sous le régime de la LACC); Ronald B Davis, « Security of Retirement Benefits in Canada: You Bet Your Life » (2013) 17 *CLELJ* 65 (article sur la vulnérabilité des prestations de retraite en cas d'insolvabilité).

²² Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 150.

²³ *Ibid*, aux p. 51 et 52, et p. 77. Bien que les employés aient été mentionnés au passage lorsque la LACC a été présentée, ce n'est pas ce qui a poussé à l'adoption de celle-ci. Les syndicats ne formaient pas des groupes d'intérêt structurés, à proprement parler, dans les années 1930, et ils n'étaient pas parmi les groupes consultés sur le projet de loi.

²⁴ *Loi sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, ch. 44, dans Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 99.

base syndicale, à savoir le Nouveau Parti démocratique, et ce jalon a grandement contribué à défendre les intérêts des travailleurs dans la politique électorale canadienne²⁵. Donc, c'est l'avancée des droits et du pouvoir politique des syndicats **en général** qui a conduit à la prise en compte des intérêts des travailleurs dans les procédures d'insolvabilité des entreprises²⁶.

C'est dans le contexte social et économique de la fin du 20^e siècle que s'est implantée la rhétorique présentant la restructuration comme un moyen de servir l'intérêt public au sens large. À cette époque, d'aucuns ont suggéré qu'en matière d'insolvabilité, il serait préférable pour l'intérêt public que tous les employés ou une partie d'entre eux aient l'occasion de conserver leur travail (grâce à une restructuration d'entreprise) plutôt que l'entreprise soit immédiatement mise en liquidation et que tous les travailleurs perdent leur emploi²⁷. Cette idée justifie en substance **n'importe quelle** insolvabilité en se fondant sur les intérêts des travailleurs²⁸. Elle occulte également le fait que la LACC ne traitait pas vraiment des intérêts des travailleurs²⁹. Ce n'est qu'au cours de la dernière décennie que la LACC a été modifiée pour interdire la résiliation des conventions collectives³⁰ et, en 2019, pour étendre aux ventes de liquidation sous le régime de la LACC les protections des salaires grâce à une priorité limitée prévue dans les procédures de faillite³¹. Les protections des travailleurs prévues tant dans la LACC que

²⁵ Gad Horowitz, *Canadian Labour in Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1968; « The New Party » dans Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 99.

²⁶ *Ibid*, aux p. 99 et 100.

²⁷ *Ibid*, à la p. 98.

²⁸ *Ibid*, à la p. 99.

²⁹ La version de la LACC qui était en vigueur dans les années 1980 ne traitait pas du tout des questions liées aux travailleurs et à l'emploi : voir *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* L.R.C. 1970, ch. 54.

³⁰ Voir *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 131; *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada*, 2005, L.C. 2007, ch. 36, art. 76 et 112. Ces modifications sont entrées en vigueur en 2009. Pour une analyse, voir Nick E Milanovic, « Much Ado: Evaluating the Collective Agreement Amendments in the BIA and CCAA » (2015) 18 CLEJ 595.

³¹ Après plusieurs insolvabilités très médiatisées, notamment celle de Sears Canada, le Programme fédéral de protection des salariés (qui instaure une super-priorité pour certains salaires impayés en cas de faillite ou de mise sous séquestre) a été étendu afin de s'appliquer aux insolvabilités traitées sous le régime de la LACC : projet de loi C-86, *Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 février 2018 et mettant en œuvre d'autres mesures*, 1^{re} session,

dans la LFI restent assez limitées dans l'ensemble. Néanmoins, les préoccupations contemporaines sociales et de politique publique qui ont animé les débats sur l'insolvabilité des entreprises au 20^e siècle ont parfois – et même souvent – été à tort imputées à l'objet originel de la LACC et utilisées pour justifier l'application de cette loi de manières créatives et dans des contextes entièrement neufs³².

L'agnosticisme de la LACC à l'égard des intérêts des employés [...] renforce les déséquilibres de pouvoir entre les différents types de créanciers.

L'agnosticisme de la LACC à l'égard des intérêts des employés et des enjeux les concernant n'est pas sans effet pour les résultats que les groupes syndicaux en sont venus à attendre des insolvabilités sous le régime de la LACC. Il renforce les déséquilibres de pouvoir entre les différents types de créanciers. Dans la pratique, la LACC est souvent utilisée pour supplanter ou réduire les droits des travailleurs³³. De par sa nature de loi commerciale, ancrée dans la pratique contrôlée par les créanciers de la mise sous séquestre, la LACC est tout aussi muette sur les enjeux particuliers qui se posent dans le contexte de l'insolvabilité d'un établissement financé par les deniers publics. Comme cela arrive souvent dans les affaires d'insolvabilité sous le régime de la LACC, on peut s'attendre à ce que les juges fassent usage de leur pouvoir discrétionnaire pour combler ces silences.

La nature ponctuelle des jugements rendus sous le régime de la LACC et le fait que les procédures soient pilotées par les tribunaux soulèvent toute une série de problèmes systémiques pour les parties qui ne sont pas de gros créanciers commerciaux. Si les

42^e législature, 2018, art. 629 (sanctionnée le 13 décembre 2018). Ces modifications sont entrées en vigueur le 20 novembre 2021 : *Règlement modifiant le Règlement sur le Programme de protection des salariés*, DORS/2021-196. Pour une analyse, voir Jennifer Sokal, « Recent Developments in Canadian Bankruptcy and Insolvency Law » (2019) 34:2 BFLR 267, aux p. 271 à 273.

³² Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 155. Voir, par exemple, *Canadian Airlines Corp*, 2000 ABQB 442, au para. 172; *Skeena Cellulose Inc. v. Clear Creek Contracting Ltd.*, 2003 BCCA 344, au para. 34; *Century Services*, précité à la note 2, aux para. 16 à 18.

³³ Voir, par exemple, *Sproule v. Nortel Networks Corporation*, 2009 ONCA 833, affaire dans laquelle la Cour a conclu qu'étant donné que les réclamations des employés sont non garanties, il n'existe pas de justification légale pour donner aux employés la priorité par rapport aux créanciers garantis; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6 [*Sun Indalex*], affaire dans laquelle la Cour a conclu que les prêteurs temporaires sont remboursés en priorité par rapport aux retraités. Voir au chapitre 1 du présent rapport, une autre analyse sur la résiliation des conventions collectives et la suspension des paiements liés à l'emploi avant le dépôt d'une demande de protection.

créanciers les plus importants ont fréquemment affaire au régime de l'insolvabilité, la plupart des autres parties, comme les employés, ne seront jamais concernées qu'une seule fois par une procédure d'insolvabilité³⁴. Les coûts afférents à une réelle participation sont assez élevés, ce qui peut constituer un obstacle pour les individus et les groupes³⁵. Parallèlement, les juges peuvent en être réduits à devoir se fier aux arguments des créanciers commerciaux à propos de ce qui sert ou pas « l'intérêt public »³⁶. Même dans les cas où des intervenants sociaux ont été autorisés à prendre part à la procédure, le plan de restructuration doit encore être approuvé par la majorité des créanciers, ce qui démontre que la LACC est en dernier ressort mue par les parties qui détiennent des droits légaux formels au sens défini par la loi³⁷. En réalité, la rhétorique de l'intérêt public n'est rien d'autre qu'un vernis de relations publiques passé sur un recours des créanciers qui suit les normes et les pratiques normalisées du droit commercial³⁸. L'accent mis sur les aspects d'intérêt public d'une procédure de la LACC noie le fait que, bien qu'une restructuration commerciale puisse contenir des éléments d'intérêt public, ceux-ci ne représentent que quelques gouttes dans un océan d'intérêts privés.

La nouvelle rhétorique qui est apparue avec les récessions des années 1980 et 1990 a justifié l'énorme flexibilité des procédures sous le

[...] pratiquement chaque situation d'une entreprise qui est entrecoupée de difficultés financières trouve sa solution à travers l'optique de la législation relative à l'insolvabilité commerciale.

³⁴ Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 124.

³⁵ L'un des obstacles est le coût des honoraires : voir Stephanie Ben-Ishai et Virginia Torrie, « A 'Cost'-Benefit Analysis: Examining Professional Fees in CCAA Proceedings » (2009) 5 Annual Rev Insolvency Law 185, à la p. 186.

³⁶ Sarra, *Creditor Rights*, précité à la note 2, à la p. 50. Dans des affaires plus récentes où cette situation s'est présentée, il est aussi souvent arrivé qu'un organisme public ou un syndicat ou un groupe d'employés présente des arguments sur des enjeux d'intérêt public : voir, par exemple, *Lemare Holdings Ltd.*, 2012 BCSC 1591, aux para. 67 et 68, affaire dans laquelle la Province de la Colombie-Britannique a soutenu que la suspension de procédure décidée en vertu de la LACC devrait être annulée, parce qu'il était dans l'intérêt public de l'autoriser à faire valoir une réclamation contre le débiteur, à savoir une entreprise forestière. Parallèlement, l'une des raisons avancées pour autoriser les intervenants sociaux à participer à une procédure sous le régime de la LACC est d'encourager les tribunaux à tenir compte des vastes conséquences sociales et économiques d'une restructuration : voir, par exemple, *Anvil Range Mining Corp.*, 1998 CarswellOnt 5319 [C. Ont. (Div. gén.)], au para. 2; Virginia Torrie et Vern DaRe, « The Participation of Social Stakeholders in CCAA Proceedings » (2020) 17 Annual Rev Insolvency Law 369, aux p. 372 et 379.

³⁷ Torrie et DaRe, « The Participation of Social Stakeholders », précité à la note 36, à la p. 370.

³⁸ Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, aux p. 125 et 126.

régime de la LACC et a fait de cette loi l'instrument de restructuration privilégié pour les grandes affaires d'insolvabilité complexes³⁹. L'évolution des lois et de la jurisprudence au cours des décennies suivantes a installé et conforté plusieurs tendances importantes à cet égard. La tendance la plus importante est que pratiquement chaque situation d'une entreprise qui est entrecoupée de difficultés financières trouve sa solution à travers l'optique de la législation relative à l'insolvabilité commerciale. Cette tendance s'est développée en même temps que les tendances néolibérales se fondant sur le marché pour guider l'élaboration des politiques publiques dans les années 1980, 1990 et postérieures, qui ont souvent abordé les enjeux sociaux sous un angle principalement économique⁴⁰. Néanmoins, des questions comme les pertes d'emploi, les enjeux salariaux et les retraites sous-financées ne se cantonnent pas uniquement au domaine de l'insolvabilité des entreprises⁴¹. Aborder ces problèmes à travers le prisme de la législation relative à l'insolvabilité restreint la gamme des solutions à la dichotomie (erronée) entre la restructuration d'entreprise ou la liquidation. Cette vision tend à occulter les solutions autres que celles qui découlent de la législation relative à l'insolvabilité. Or, l'histoire a montré que c'est précisément de tribunes **autres** que les tribunaux chargés de traiter les questions d'insolvabilité que des groupes comme les travailleurs ont obtenu les plus grandes avancées en matière de politique publique (p. ex. la politique électorale), ce qui a à son tour amélioré les résultats obtenus par ces groupes dans les procédures sous le régime de la LACC⁴². Le fait d'accéder aux règles de base commerciales de la législation relative à l'insolvabilité des entreprises limite en lui-même les choix stratégiques et façonne les aspects d'« intérêt public » de n'importe quelle solution autour d'un modèle commercial.

³⁹ *Ibid*, à la p. 170.

⁴⁰ Voir, par exemple, Adam Davidson-Harden, Larry Kuehn et Daniel Schugurensky, « Neoliberalism and Education in Canada », dans Dave Hill (éd.), *The Rich World and the Impoverishment of Education*, 1^{re} éd., New York, Routledge, 2008. Cette tendance dépasse le secteur de l'enseignement postsecondaire : voir, par exemple, David Clark, « Neoliberalism and Public Service Reform: Canada in Comparative Perspective » (2002) 35:4 Can J Political Science 771; Mary Ellen Donnan, « Life After Neoliberalism in Canada: How Policy Creates Homelessness and How Citizenship Models Fail to Provide Solutions » (2014) 7:5 Intl J Arts & Sciences 585; Bryan M Evans et Carlo Fanelli (éd.), *The Public Sector in an Age of Austerity: Perspectives from Canada's Provinces and Territories*, McGill-Queen's University Press, 2018.

⁴¹ Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 100.

⁴² *Ibid*, à la p. 100.

*Les lois fédérales en
matière d'insolvabilité, et
la LACC en particulier,
sont devenues des
super-lois [...]*

Le paradigme présentant la restructuration comme une solution à l'insolvabilité est renforcé par le fédéralisme canadien, dans lequel le fait qu'un débiteur soit insolvable agit comme une ligne de démarcation de fait entre compétence fédérale et compétence provinciale⁴³. Ces dernières décennies, à travers plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada, ce fait a profondément renforcé l'autorité de la législation fédérale relative à l'insolvabilité⁴⁴. La primauté de la législation relative à l'insolvabilité sur les relations commerciales a été accrue par la prépondérance de la loi fédérale sur les lois provinciales, et même confondue avec elle⁴⁵. Les lois fédérales relatives à l'insolvabilité, et la LACC en particulier, sont devenues des super-lois, capables de supplanter presque n'importe quelle législation contradictoire, surtout quand celle-ci est provinciale⁴⁶. Ce n'est pas quelque chose d'anodin, parce que l'éducation, les soins de santé, les municipalités, les ressources naturelles et les droits de propriété et les droits civils (comprenant la plupart des lieux de travail) sont des domaines de compétence provinciaux⁴⁷. La capacité croissante à utiliser la primauté de la législation fédérale pour court-circuiter les textes législatifs provinciaux contradictoires limite considérablement l'élaboration des politiques et les choix concernant les entreprises (et désormais les

⁴³ *Ibid*, à la p. 69; Torrie, « The *Companies' Creditors Arrangement Act* Reference Case », précité à la note 7, à la p. 48; Virginia Torrie, « Should Paramountcy Protect Secured Creditor Rights? *Saskatchewan v. Lemare Lake Logging* in Historical Context » (2017) 22:3 Rev Const Studies 405, à la p. 418; Telfer et Torrie, *Debt and Federalism*, précité à la note 7, aux p. 74 et 75.

⁴⁴ Voir, par exemple. *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51; *407 ETR Concession Co. c. Canada (Surintendant des faillites)*, 2015 CSC 52; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53.

⁴⁵ Voir, par exemple, *Sun Indalex*, précité à la note 33, au para. 60, par la juge Deschamps; Torrie, « Should Paramountcy Protect Secured Creditor Rights? », précité à la note 43, aux p. 420 à 422.

⁴⁶ Voir, par exemple, *Canada c. Canada North Group Inc.*, 2021 CSC 30, au para. 31, par la juge Côté (la juge a conclu que l'objet de la LACC et les ordonnances qui en découlent ne peuvent pas être « neutralisés » par d'autres lois, notamment les lois provinciales). Voir également Sam Babe, « Recent Use of Statutory Discretion and Inherent Jurisdiction in Insolvency and Restructuring », (2020) 18 Annual Rev Insolvency Law 365, partie VII : pouvoir discrétionnaire et prépondérance (l'auteur indique que le fait de qualifier les pouvoirs de la LACC comme étant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi plutôt que comme une compétence inhérente signifie que la primauté fédérale s'applique maintenant à ces interprétations des juges); Roderick J Wood, « "Come a Little Bit Closer": Convergence and its Limits in Canadian Restructuring Law » (2021) 10 J Insolv Inst Can 1 (l'auteur compare le rôle du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi dans les procédures de restructuration sous les régimes de la LACC et de la LFI).

⁴⁷ *Loi constitutionnelle de 1867 (R-U)*, 30 & 31 *Victoria*, c 3, art. 92 et 93, reproduite dans L.R.C. 1985, annexe II, n° 5.

universités) ayant des difficultés financières, restreignant essentiellement les solutions politiques à celles conçues à Ottawa⁴⁸.

La situation financière du débiteur n'a pas toujours virtuellement garanti que la solution vienne de la législation fédérale relative à l'insolvabilité, et même aujourd'hui ce n'est pas une vérité universelle. Historiquement, l'organe législatif qui créait ou réglementait un établissement conservait une autorité sur celui-ci, y compris dans des situations où cet établissement avait des difficultés financières⁴⁹. De plus, il y a eu, et il y a encore, divers régimes d'insolvabilité spécifiques façonnés pour des types d'entités particuliers, comme les exploitations agricoles, les compagnies de chemin de fer, les banques et les compagnies d'assurance⁵⁰. Cela reflète l'idée selon laquelle certaines entités soulèvent des considérations d'intérêt public uniques qui rendent plus indiqué de résoudre leurs problèmes financiers au moyen d'un mécanisme autre que la procédure ordinaire d'insolvabilité commerciale. Cette idée est confortée par la définition de « compagnie » qui est donnée dans la LACC elle-même et qui exclut les banques, les compagnies d'assurance et les sociétés de fiducie⁵¹.

⁴⁸ Torrie, « Should Paramountcy Protect Secured Creditor Rights? », précité à la note 43, aux p. 424 et 425.

⁴⁹ Voir, par exemple, *L'Union St. Jacques de Montréal v. Bélisle*, [1874] UKPC 53; Telfer et Torrie, *Debt and Federalism*, précité à la note 7, à la p. 81.

⁵⁰ *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*, LC 1997, ch. 21; *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, ch. W-11; *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, Section V; *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, partie XII – Faillite des courtiers en valeurs mobilières.

⁵¹ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, para. 2(1), « compagnie »; Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 4, à la p. 46.

Points à retenir

1. *La LACC est un recours pour les gros créanciers commerciaux.*
2. *Elle a été remaniée de l'extérieur par les juges dans les années 1980 et 1990 afin d'en faire un instrument pour la restructuration des entreprises, et pour servir ce qui était présenté comme l'intérêt public.*
3. *Les travailleurs ont été au centre de la rhétorique entourant la LACC, mais cette loi ne prend pas substantiellement en compte leurs intérêts, et ceux-ci ne sont pas non plus défendus dans la plupart des procédures.*
4. *Les procédures de la LACC tournent autour des intérêts des parties privées.*
5. *On a tendance à automatiquement aborder n'importe quel problème entrecoupé de difficultés financières à travers l'optique de la loi relative à l'insolvabilité.*
6. *La LACC a l'aura d'une super-loi capable de supplanter n'importe quelle législation contradictoire.*

III. Élargissement de la portée de la LACC

Résumé

Au fil du temps, la jurisprudence a élargi le champ d'application de la LACC à de nouveaux types de débiteurs. Cet élargissement a eu lieu pour trois raisons interdépendantes. Premièrement, la stagnation des réformes dans le domaine de la faillite au 20^e siècle a laissé aux juges le soin de mettre au goût du jour des lois archaïques. Le législateur a ensuite modifié tardivement la LACC pour l'aligner sur la jurisprudence. Deuxièmement, les juges ont eu tendance à interpréter la LACC en passant outre aux restrictions concernant l'accès à celle-ci, les rendant inopérantes. Troisièmement, l'acceptation de l'idée selon laquelle la restructuration sert l'intérêt public a contribué à donner à la LACC une vaste marge de manœuvre pour atteindre cet objectif. Par conséquent, l'autorité de la législation fédérale relative à la restructuration s'est considérablement accrue.

Si la demande présentée par la Laurentienne en vertu de la LACC a stupéfié le public¹, elle n'aurait pas dû surprendre les personnes ayant suivi les évolutions récentes concernant la législation canadienne relative à l'insolvabilité. L'une des évolutions les plus claires observées dans les affaires relatives à la LACC est l'élargissement par les juges de la portée de cette loi, notamment de son applicabilité à différents types de débiteurs². Ce phénomène est dû à trois raisons interdépendantes, qui sont décrites ci-après. Durant cette analyse, il importe de garder à l'esprit que la LACC est principalement un recours pour les créanciers et que l'élargissement de sa portée tend à bénéficier aux gros créanciers commerciaux par rapport aux autres intervenants³. De plus, dans le contexte de la LACC, « l'intérêt public » est une expression nébuleuse qui est fréquemment

L'élargissement de [la] portée [de la LACC] tend à bénéficier aux gros créanciers commerciaux [...]

¹ Voir, par exemple, « Laurentian University files for creditor protection », *CBC News* (1^{er} février 2021), en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/laurentian-university-creditor-protection-1.5896522>; Elaine Della-Mattia, « 'Insolvent' Laurentian U files for protection from creditors; minister angry », *The Sudbury Star* (1^{er} février 2021), en ligne : <www.thesudburystar.com/news/local-news/insolvent-laurentian-u-files-for-protection-from-creditors-minister-angry>.

² Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A History of the Companies' Creditors Arrangement Act*, Toronto, University of Toronto Press, 2020, aux p. 136 et 137.

³ *Ibid*, aux p. 7 à 9.

utilisée pour justifier la résolution des affaires d'insolvabilité d'une manière qui sert les intérêts des créanciers.

Premièrement, la stagnation des réformes dans le domaine de la faillite au milieu du 20^e siècle a rendu habituel de s'appuyer sur les juges pour adapter les lois archaïques sur la faillite aux insolvabilités contemporaines⁴. Les choses se sont faites de manière ponctuelle, affaire après affaire, grâce à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges⁵. Ce schéma a donné naissance à un ensemble de droit pratique qui a guidé les procédures d'insolvabilité commerciale. À mesure qu'un consensus s'est formé autour de points précis de ce droit pratique, le législateur a modifié la LACC bribe par bribe afin de refléter ce consensus⁶.

En ce qui concerne l'élaboration de la LACC, le législateur et les tribunaux ont pour ainsi dire échangé leurs rôles⁷. Comme les changements législatifs trouvent leur origine

[...] le législateur et les tribunaux ont pour ainsi dire échangé leurs rôles.

dans les tribunaux, les réformes se font de manière plus réactive et moins délibérative. Elles reçoivent aussi un apport beaucoup plus grand des parties privées par rapport au spectre plus large et plus diversifié des groupes

d'intervenants qui participent à une réforme législative⁸. Parallèlement, les adaptations apportées par les juges dans les cas d'insolvabilité inhabituels peuvent acquérir une force de loi à l'égard de pratiquement toutes les affaires d'insolvabilité sous le régime de la LACC⁹. Les décisions rendues dans des cas sortant de l'ordinaire peuvent être

⁴ *Ibid*, à la p. 4.

⁵ *Ibid*, à la p. 163.

⁶ *Ibid*, aux p. 156 et 160.

⁷ *Ibid*, à la p. 146.

⁸ *Ibid*, à la p. 174. Pour cette raison, les groupes visés deviennent de plus en plus souvent des intervenants dans les affaires majeures statuées en vertu de la LACC. Voir, par exemple, *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, affaire dans laquelle les groupes suivants sont intervenus : Institut d'insolvabilité du Canada, Congrès du travail du Canada, Fédération canadienne des retraités, Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation, et Association des banquiers canadiens.

⁹ Voir, par exemple, le développement du rôle de contrôleur grâce au pouvoir discrétionnaire des juges dans les années 1980, rôle qui a fini par devenir un élément ordinaire dans les ordonnances initiales et qui a été institutionnalisé par le législateur en 1997 : Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 2, aux p. 137 à 139.

utilisées même dans les affaires d'insolvabilité où elles ne sont ni nécessaires ni justifiées.

Deuxièmement, les adaptations apportées par les juges à la lettre de la loi sont allées de pair avec une tendance à interpréter les restrictions de la LACC de manière telle qu'elles ont été rendues inopérantes. Suivant le schéma décrit précédemment, le législateur peut ensuite abroger la restriction visée, la supprimant formellement et complètement de la LACC. L'une des principales manières de procéder est d'utiliser des « instruments tactiques »¹⁰. Les instruments tactiques ont été employés pour contourner les restrictions concernant les débiteurs pouvant se prévaloir de la LACC; ils sont fondamentalement un moyen d'éviter les dispositions de la LACC qui sont considérées comme gênantes. Par exemple, les « actes de fiducie instantanés » sont des instruments tactiques qui ont été utilisés pour écarter une modification apportée à la LACC en 1953 qui empêchait les compagnies débitrices de se prévaloir de celle-ci s'il n'y avait pas de séquestre pour représenter les créanciers¹¹. Après que l'utilisation des actes de fiducie instantanés est devenue une pratique courante, le législateur a abrogé la restriction que ces actes visaient à contourner, alignant sur le tard le texte de la LACC sur la pratique¹².

[Il existe] une tendance à interpréter les restrictions de la LACC de telle manière qu'elles sont devenues insignifiantes.

Dans d'autres cas, les restrictions contenues dans la LACC ont été neutralisées par l'interprétation de la loi. Par exemple, la LACC exige techniquement que la compagnie débitrice soit insolvable pour qu'elle puisse présenter une demande¹³. Cependant, des

¹⁰ *Ibid*, aux p. 19 et 147.

¹¹ *Ibid*, aux p. 129 à 133. De même, dans une affaire de restructuration du papier commercial adossé à des actifs de tiers, le tribunal s'en est de nouveau tenu à une interprétation stricte et étroite de « compagnie » pour autoriser des débiteurs non admissibles à devenir des compagnies admissibles à la veille d'une demande, dans le but exprès de se prévaloir de la LACC : *ibid*, à la p. 136.

¹² *Ibid*, à la p. 137.

¹³ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, para. 2(1), « compagnie débitrice ». Les tribunaux statuant sur des affaires liées à la LACC citent souvent la définition de la « personne insolvable » inscrite dans la loi sur la faillite, afin d'établir si le demandeur est une compagnie débitrice : *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2. Voir, par exemple, *Les Oblats de Marie Immaculée du Manitoba*, 2004 MBQB 71, affaire dans laquelle la Cour a

juges ont interprété ce critère de manière large afin d'inclure les débiteurs qui sont toujours en mesure de payer leurs dettes à échéance, mais qui pourraient être « techniquement insolvable » à certains égards¹⁴. Cela pourrait permettre à une compagnie débitrice d'obtenir une protection contre ses créanciers même si elle n'est pas intrinsèquement insolvable : un outil puissant pour qui doit négocier avec ses créanciers.

[...] les tribunaux ont trouvé des manières créatives de contourner les restrictions expresses contenues dans la LACC.

Un autre exemple est l'interdiction qui était autrefois faite dans la LACC aux compagnies de chemin de fer de présenter une demande en vertu de cette loi¹⁵. Un tribunal a autorisé les compagnies exploitant des chemins de fer à se prévaloir de la LACC en interprétant si étroitement la restriction visant ces compagnies que celle-ci est devenue inopérante¹⁶. Le législateur a par la suite supprimé l'interdiction faite aux compagnies de chemin de fer de présenter une demande en vertu de la LACC¹⁷. Même sans utiliser un instrument tactique, les tribunaux ont trouvé des manières créatives de contourner les restrictions expresses contenues dans la LACC.

De nombreux commentateurs ont loué l'exercice par les juges de leur pouvoir discrétionnaire, attribuant à celui-ci un rôle essentiel dans l'étoffement d'une loi qui était à l'origine très chétive¹⁸. Cependant, il existe une différence entre combler les vides ou

statué que la définition de la LFI était la seule appropriée pour présenter une demande sous le régime de la LACC.

¹⁴ Voir, par exemple, *Stelco Inc.*, 2004 CanLII 24933 (C. sup. Ont.), au para. 26, demande d'autorisation d'appel refusée, [2004] OJ no 1903 (C.A. Ont.), [2004] C.S.C.R. no 336 (C.S. Can.). Par contre, les cours d'appel ont conclu que le requérant d'une mise en faillite doit rigoureusement prouver l'un des actes de faillite prévus par la loi : voir, par exemple, *Bombardier Credit Ltd. v. Find*, 1998 CanLII 3000 (C.A. Ont.); *Avalanche Holdings Corp. v. Ball*, 2004 BCCA 647, au para. 5. Voir également *PricewaterhouseCoopers Inc v. Perpetual Energy Inc*, 2021 ABQB 2, affaire dans laquelle la Cour a expressément rejeté la définition d'insolvabilité utilisée dans *Stelco* dans le contexte de la LFI.

¹⁵ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36, para. 2(1) « compagnie », telle que figurant dans la version du 22 mai 2018 [LACC de 2018].

¹⁶ Voir *Montréal, Maine & Atlantique Canada Co. (Arrangement relatif à)*, 2013 QCCS 4039, aux para. 8 à 26. Voir également Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 2, à la p. 136.

¹⁷ *Loi sur la modernisation des transports*, L.C. 2018, ch. 10, art. 89, apportant des modifications à la LACC de 2018, précité à la note 15, para. 2(1) « compagnie ».

¹⁸ Voir, par exemple, *Westar Mining* ([traduction] « Les procédures de la LACC constituent un bel exemple de situation où un tribunal doit utiliser les pouvoirs conférés afin de muscler une disposition

créer de nouvelles pratiques ou normes d'une part et aborder les restrictions d'une manière telle qu'elles deviennent inopérantes d'autre part. On peut dire de la première démarche qu'elle « muscle » la loi, tandis que la deuxième consiste davantage à désosser cette loi. Cette tendance laisse penser que toute restriction contenue dans la LACC peut potentiellement être contournée grâce à un instrument tactique ou à un angle d'interprétation qui rend cette restriction inutile.

La troisième raison derrière l'élargissement de la portée de la LACC est l'acceptation générale de l'idée selon laquelle la restructuration commerciale sert « l'intérêt public » (quelle que soit la définition de cette expression, bien que le but originel ait été de fournir aux créanciers prêteurs un moyen de contraindre un emprunteur à la restructuration) et l'impulsion résultante vers l'élargissement de la portée de cette loi afin d'atteindre cet objectif. La facilitation du large recours à la LACC a même été confondue avec l'objet de la loi elle-même¹⁹. L'élargissement de la portée de la LACC inclut de passer outre aux restrictions légales et d'« élargir l'optique » du tribunal afin de prendre en compte les intérêts des intervenants autres que les créanciers lors d'une procédure d'insolvabilité – peut-être même en permettant aux intervenants sociaux d'y participer²⁰.

Tandis que la première élargit le champ d'application de la LACC elle-même, la seconde fait entrer l'élaboration des politiques publiques dans les tribunaux dans le cadre des procédures d'insolvabilité commerciale. Ces deux phénomènes amplifient l'influence des juges et mettent en évidence l'importance de l'inversion des rôles entre

législative inadéquate et incomplète dans le but que celle-ci remplisse sa fonction. »); Keith Yamauchi, « The Courts' Inherent Jurisdiction and the CCAA: A Beneficent or Bad Doctrine » (2004) 40 Can Bus LJ 250, aux p. 277 à 279; Janis Sarra, « Judicial Exercise of Inherent Jurisdiction under the CCAA » (2004) 40 Can Bus LJ 280, à la p. 280; Anthony J Duggan et al., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Cases, Text, and Materials*, 2^e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2009, à la p. 574; Julie Himo et Arad Mojtahedi, « The Evolving Role of the Eyes and Ears of the Court: Empowering the CCAA Monitor to Initiate Legal Proceedings Against Third Parties » (2020) 18 Annual Rev Insolvency Law 120, à la p. 120.

¹⁹ Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 2, aux p. 136 et 164.

²⁰ *Canadian Airlines Corp*, 2000 ABQB 442, au para. 95; *ibid*, aux p. 57 et 58; Torrie et DaRe, « The Participation of Social Stakeholders », à la p. 376.

le législateur et les tribunaux dans ce domaine du droit²¹. Cependant, le fait que les procédures d'insolvabilité commerciale puissent avoir des aspects d'intérêt public (bien que ceux-ci ne soient pas clairement définis) ne signifie pas que la LACC doit servir de véhicule à l'élaboration des politiques publiques.

Cette troisième raison alimente les deux raisons déjà décrites (s'appuyer sur les juges pour adapter la loi aux nouvelles circonstances et contourner les restrictions contenues dans la LACC) en donnant aux juges une incitation et une justification pour agir comme ils le font. Cela a été l'étincelle créative des procédures d'insolvabilité commerciale au Canada ces 40 dernières années. Cela a donné naissance à « l'exceptionnalisme » de la loi sur l'insolvabilité qui justifie l'utilisation de solutions commerciales pragmatiques malgré les restrictions inscrites dans la loi²².

« [L]'exceptionnalisme » de la loi sur l'insolvabilité [...] justifie l'utilisation de solutions commerciales pragmatiques malgré les restrictions inscrites dans la loi.

Ensemble, ces trois raisons interdépendantes expliquent pourquoi une demande présentée en vertu de la LACC par un établissement public comme l'Université Laurentienne était inédite, mais pas improbable.

[...] l'insolvabilité de la Laurentienne est un moment de vérité.

L'élargissement de la portée de la LACC a pour corollaire de repousser de plus en plus loin les frontières de ce domaine du droit, ce qui étend son autorité²³. Comme indiqué au chapitre 2, cela

²¹ Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 2, à la p. 146.

²² Roderick J Wood, « The Stories, Confabulations and Lies We Tell Ourselves in Bankruptcy and Insolvency Law » (2021) 64:2 Can Bus Law Journal 226; David Bish, « In Search of the Limits of Judicial Discretion » (2018) 7 J Insolv Inst Can 181, à la p. 208.

²³ Virginia Torrie, « Should Paramountcy Protect Secured Creditor Rights? *Saskatchewan v Lemare Lake Logging* in Historical Context » (2017) 22:3 Rev Const Studies 405, aux p. 420 à 422; Thomas GW Telfer et Virginia Torrie, *Debt and Federalism: Landmark Cases in Canadian Bankruptcy and Insolvency Law, 1894–1937*, Vancouver, UBC Press, 2021, aux p. 99 et 100.

est accru par la dynamique du fédéralisme canadien, qui prévoit qu'une loi fédérale comme la LACC supprime toute loi provinciale contradictoire²⁴. L'influence des provinces sur la substance des politiques publiques élaborées dans des domaines comme l'éducation est vouée à être étouffée s'il devient habituel de passer par la législation fédérale sur l'insolvabilité pour résoudre les problèmes financiers des établissements financés par les provinces²⁵. Étant donné que les affaires reposant sur la LACC ont tendance à ouvrir la voie pour fixer de nouvelles règles concernant les insolvabilités « banales », l'insolvabilité de la Laurentienne est un moment de vérité. Elle met en pleine lumière les tensions qui couvent depuis longtemps au sein de la LACC et soulève sans détour les questions de savoir si la LACC devrait s'appliquer aux établissements publics, comment et pourquoi.

Points à retenir

- 1. Il existe une tendance à élargir le champ d'application de la LACC à différents types de débiteurs.*
- 2. Presque chaque restriction contenue dans la LACC peut être contournée grâce à un instrument tactique ou à un angle d'interprétation qui rend cette restriction inopérante.*
- 3. L'étendue de la LACC et l'accent croissant mis sur les considérations d'intérêt public transforment les tribunaux chargés d'appliquer la LACC en organes d'élaboration des politiques.*
- 4. Il en résulte un accroissement de l'autorité de la législation fédérale relative à l'insolvabilité.*

²⁴ Voir, par exemple, *Canada c. Canada North Group Inc.*, 2021 CSC 30, au para. 31, par la juge Côté (la juge a conclu que l'objet de la LACC et les ordonnances qui en découlent ne peuvent pas être « neutralisés » par d'autres lois, notamment les lois provinciales).

²⁵ Torrie, « Should Paramountcy Protect Secured Creditor Rights? », précité à la note 23, aux p. 424 et 425.

IV. Application de la LACC aux universités

Résumé

Les objectifs des politiques des établissements publics, comme les universités, sont incompatibles avec la principale raison d'être de la législation relative à l'insolvabilité, qui est d'encourager la prise de risques commerciaux. Les universités dépendent des financements publics, qui leur servent de filet de sécurité. L'application de la LACC à ces établissements modifie les règles de base de leur fonctionnement. Elle requiert que ces établissements soient concurrentiels sur un « marché », elle marchandise les biens et les intérêts publics, et elle sape la gouvernance, la prise de décisions interne et la transparence. Par conséquent, une université, un gouvernement ou tout autre intervenant peut éventuellement utiliser la procédure de la LACC pour saper la gouvernance collégiale, la négociation collective et l'autonomie universitaire. Le contrôle démocratique des universités est ainsi cédé aux conseils d'administration d'entreprises, aux créanciers commerciaux et à la législation fédérale relative à l'insolvabilité.

Les objectifs des politiques publiques des universités canadiennes comprennent la promotion de l'apprentissage, la transmission du savoir et l'amélioration de la société¹. Ils ne sont pas compatibles avec le cadre commercial qui guide généralement les procédures sous le régime de la LACC. L'une des grandes justifications théoriques de

Les objectifs de politiques publiques des universités canadiennes [...] ne sont pas compatibles avec le cadre commercial qui guide généralement les procédures sous le régime de la LACC.

la législation relative à l'insolvabilité des entreprises est qu'il faut encourager la prise de risques en promettant aux entreprises une protection contre les dettes – et en assurant une répartition plus juste des pertes – en cas de difficultés financières². La restructuration d'une entreprise, en particulier, est souvent justifiée par le fait qu'il est plus avantageux

¹ Voir, par exemple, *Loi constitutive de l'Université Laurentienne de Sudbury*, L.O. 1960, ch. 151, art. 3 : « Les buts et objectifs de l'Université sont les suivants : a) l'avancement du savoir et la propagation des connaissances; et b) le développement intellectuel, social, moral et physique de ses membres et l'enrichissement de la société » [*Loi constitutive de l'Université Laurentienne*]. On trouve des dispositions similaires dans les lois constitutives d'autres universités.

² Voir, par exemple, Elizabeth Warren, « Bankruptcy Policy » (1987) 54:3 U Chicago L Rev 775; Nathalie Martin, « American Bankruptcy Laws: Encouraging Risk-Taking and Entrepreneurship » (2006) 11:1 Economic Perspectives 13; Virginia Torrie, « Bankruptcy Theory » [projet d'article non publié].

sur les plans économique et social de permettre à une entreprise potentiellement viable de poursuivre ses activités, et donc de continuer à contribuer à l'économie locale et à la société³.

Dans ce paradigme, l'utilisation de la LACC est logique dans le cas des entreprises à but lucratif. En revanche, les universités ne subissent pas les pressions du marché auxquelles sont confrontées les entreprises à but lucratif à toutes les étapes de leur existence. Une université n'a pas besoin des mêmes incitations à prendre des risques qu'une entité commerciale, parce que les risques liés à son administration sont qualitativement et quantitativement différents et que nombre des risques principaux sont supportés par le gouvernement, qui tout au moins lui assure un filet de sécurité⁴. Les pratiques de passation de contrat fondées sur le marché, les finances et la responsabilité financière sont autant d'éléments importants dans l'administration d'une université – mais ils ne sont qu'une conséquence de la décision de fonder cette université et non la principale motivation. En fait, l'argent n'est qu'une considération socioéconomique parmi tant d'autres.

Une université n'a pas besoin des mêmes incitations à prendre des risques qu'une entité commerciale [...]

Ainsi, la Laurentienne avait pour mandat spécifique de tenir compte de la diversité linguistique et culturelle ainsi que de l'équité et du développement au niveau régional⁵. Pour remplir son mandat spécifique, une université a besoin d'un financement stable et d'autonomie, et doit être à l'abri des pressions du marché. Même les cadres modernes de financement des universités – comme les indicateurs fondés sur le rendement qui sont utilisés dans certaines provinces, dont l'Ontario – ne sont théoriquement pas conçus pour inciter les universités à faire des profits, mais plutôt pour mieux coordonner

³ *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, au para. 18; Janis Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 2013, à la p. 14, cité dans *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, au para. 42 [Bluberi].

⁴ Nous traiterons de la qualité du « filet de sécurité financier » au chapitre 6.

⁵ Voir, par exemple, Université Laurentienne, « Notre mandat triculturel », en ligne : <<https://laurentienne.ca/faculte/arts/notre-mandat-triculturel>>; Université Laurentienne, *Professional Year Practicum Handbook 2017–2018*, Sudbury, Université Laurentienne, 2017, à la p. 3.

les ressources disponibles et pour relier certains aspects des programmes d'enseignement aux besoins du marché du travail⁶.

Le gouvernement exerce un monopole sur la fondation des universités [...] précisément parce que celles-ci soulèvent de nouvelles considérations d'intérêt public [...]

Sachant cela, la fondation, le maintien en activité et même la liquidation ou la fusion d'une université publique sont principalement façonnés par des choix politiques et non par des actions privées. La structure juridique applicable le montre bien : contrairement aux entreprises privées, qui peuvent être créées de plein droit après avoir rempli les documents pertinents⁷, les

universités tant publiques que privées sont constituées en vertu d'une loi provinciale dédiée (et, dans beaucoup de provinces, d'une loi propre à chaque établissement)⁸. Le gouvernement exerce un monopole sur la fondation des universités et d'autres organisations quasi publiques précisément parce que celles-ci soulèvent de nouvelles considérations d'intérêt public, représentent des choix de politiques bénéficiant d'un financement public et requièrent une surveillance publique.

Assurément, la réduction de leur financement public a obligé les universités à s'appuyer davantage sur d'autres sources de revenus, comme les droits de scolarité, pour remplir leur mission publique. Cependant, tant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux restent les bailleurs de fonds principaux et essentiels de l'enseignement postsecondaire et exercent un contrôle important sur les montants des droits de scolarité⁹. Il existe des disparités régionales, et les droits de scolarité – surtout ceux déréglés des étudiants internationaux – représentent une part plus importante

⁶ Voir Matt Clare, *Exploring Ontario Universities' Strategic Mandate Agreements' New Performance-Based Model in Relation to SMA's Original Differentiation Goals*, Thèse de M.Ed., Université Brock, 2021. Nous traiterons du rôle des règles de financement fondé sur le rendement au chapitre 6.

⁷ Voir, par exemple, les termes impératifs dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, para. 5(1), art. 7 et para. 8(1).

⁸ Voir, par exemple, *Loi constitutive de l'Université Laurentienne*, précité à la note 1; *Post-secondary Learning Act*, SA 2003, ch. P-19.5; *Memorial University Act*, RSNL 1990, ch. M-7.

⁹ Voir, par exemple, en Ontario, réduction de 10 % des droits de scolarité en 2019 puis gel des hausses de ces droits : ministère des Collèges et Universités de l'Ontario, « L'Ontario maintient le gel des droits de scolarité pour les études collégiales et universitaires », communiqué de presse (30 avril 2021), en ligne : <<https://news.ontario.ca/fr/release/1000048/ontario-maintient-le-gel-des-droits-de-scolarite-pour-les-etudes-collegiales-et-universitaires>>.

des revenus des universités en Ontario que dans les autres provinces¹⁰. La pandémie de COVID-19 a fait baisser les inscriptions des étudiants internationaux dans tout le pays, ce qui a provoqué un manque de fonds pour de nombreux établissements d'enseignement au financement précaire qui dépendent de cette source de revenus¹¹.

Donc, au fil du temps, la mission publique des universités consistant à instruire les étudiants nationaux est devenue tributaire de la marchandisation partielle de leurs activités résultant du manque de financement public. D'aucuns ont affirmé que cette marchandisation a commencé à changer la nature des universités, comme le montre le récent engouement pour les « microcertifications », qui permettent de marchandiser et d'axer davantage l'enseignement postsecondaire sur les besoins du marché¹².

Cependant, ces changements des modèles de financement résultent aussi des choix de politiques du gouvernement, qui reste le principal bailleur de fonds des universités et qui contrôle la principale méthode par laquelle celles-ci obtiennent des fonds (les droits de scolarité) dans le cadre des politiques publiques. Et si les réductions du financement public ont entraîné la catégorisation de certaines disciplines universitaires en se fondant essentiellement sur leur capacité à générer des revenus, alors les tensions intériorisées qui en résultent

*Il s'agit d'une forme de
privatisation déguisée qui
érodera le mandat public
des universités.*

¹⁰ Voir Statistique Canada, « Revenus des universités et des collèges conférant des grades universitaires (x 1 000) » (tableau 37-10-0026-01, 29 juillet 2021), en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3710002601>>. La Province de l'Ontario fournissait 43 % du budget de fonctionnement de l'Université Laurentienne.

¹¹ Voir Christopher Matias, Andrija Popovic et André Lebel, « Répercussions financières projetées de la pandémie de COVID-19 sur les universités canadiennes pour l'année universitaire 2020-2021 », (Statistique Canada, L'éducation, l'apprentissage et la formation : Série de documents de recherche, 18 août 2021), graphique 4, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/81-595-m/81-595-m2021002-fra.htm>>. Une récente étude sur les collèges publics de l'Ontario a mis au jour le fait que ce modèle des droits de scolarité fait peser un risque financier sur l'ensemble du système : Bureau de la vérificatrice générale de l'Ontario, *Audit de l'optimisation des ressources : Surveillance des collèges publics* (décembre 2021), en ligne (pdf) : <https://www.auditor.on.ca/fr/content-fr/annualreports/arreports/fr21/AR_PublicColleges_fr2.pdf>.

¹² Voir, par exemple, Jackie Pichette et al., *Donner un sens aux microcertifications* (Conseil ontarien de la qualité de l'enseignement supérieur, 5 mai 2021), en ligne : <<https://heqco.ca/fr/pub/donner-un-sens-aux-microcertifications/>>. Dans son budget de 2020, l'Ontario s'est engagé à verser près de 60 millions de dollars dans le cadre d'une stratégie relative aux microtitres de compétences pour le perfectionnement des compétences liées à l'emploi.

sont exacerbées par une procédure de la LACC qui est conçue pour dissocier la création de revenus de toutes les autres fonctions. Il s'agit d'une forme de privatisation déguisée qui érodera le mandat public des universités.

En outre, cette tendance ne transforme toujours pas les universités en entités privées du point de vue organisationnel ou de la législation relative à l'insolvabilité. En fait, la structure même d'une université – notamment les biens-fonds en dotation ayant des fins restreintes et les autres actifs non liquides hautement spécialisés comme les salles de conférences – complique la relation commerciale normalisée de garantie des prêts. Par contre, c'est probablement la relative stabilité du financement public et le filet de sécurité implicite fourni par le gouvernement qui ont dans le passé rassuré les créanciers pour prêter aux universités¹³. La seule exception pourrait être les établissements qui ne reçoivent aucun financement public et qui sont totalement tributaires des revenus provenant des droits de scolarité et des dons privés.

Ainsi, en Colombie-Britannique, l'Université Quest, un établissement privé sans but lucratif, a été créée grâce à un important legs de terrains fait par une fondation privée. Pendant de nombreuses années, cette université s'est appuyée sur le développement de son portefeuille immobilier et d'autres opérations commerciales pour financer ses activités et divers emprunts¹⁴. Ce modèle de fonctionnement s'est avéré intenable et, en janvier 2020, l'Université Quest a présenté une demande de protection sous le régime de la LACC. L'Université Quest a finalement adopté un plan de restructuration, qui a exigé la vente de tous ses terrains afin de continuer de financer ses activités¹⁵.

¹³ Alex Usher, « Laurentian Blues (7) – The Process », Higher Education Strategy Associates, 13 avril 2021, en ligne : <higherstrategy.com/laurentian-blues-7-the-process/>.

¹⁴ *Quest University Canada*, 2020 BCSC 318, aux para. 7 à 15.

¹⁵ *Quest University Canada*, 2020 BCSC 1883, demande d'autorisation d'appel refusée, *Southern Star Developments Ltd. v. Quest University Canada*, 2020 BCCA 364; « In order to settle its debts, Quest University sells off campus », *The Squamish Chief*, 29 octobre 2020, en ligne : <www.squamishchief.com/local-news/in-order-to-settle-its-debts-quest-university-sells-off-campus-3351994>.

[...] les universités financées par les deniers publics fonctionnent selon des règles de base très différentes de celles des entreprises commerciales ordinaires.

Donc, en général, les universités financées par les deniers publics fonctionnent selon des règles de base très différentes de celles des entreprises commerciales ordinaires. L'assujettissement d'un établissement public à la législation relative à l'insolvabilité commerciale est une manière de « privatiser » cet établissement en utilisant les protocoles et les forces du marché dans le processus de restructuration¹⁶. Cette façon de procéder part de l'idée que les considérations financières sont le principal, si ce n'est le seul et unique, principe organisationnel d'une université – au lieu d'être des moyens d'atteindre une fin – et aborde tous les aspects de l'université sous l'angle des revenus ou de la rentabilité, ce qui réduit le rôle du vaste objet d'intérêt public de l'université et occulte la réalité selon laquelle le financement public reste une importante source de revenus. Elle change les normes de gouvernance et de fonctionnement de l'établissement et s'écarte de la politique publique qui a donné naissance à l'université. (Nous ne disons pas que les considérations financières sont négligeables dans la gouvernance d'une université – elles ont très certainement leur importance, comme nous l'examinerons au chapitre suivant – mais nous faisons simplement remarquer qu'une procédure d'insolvabilité commerciale n'est pas idéalement outillée pour tenir compte du véritable intérêt public et des aspects de politique académique d'une université qui ont des incidences sur les considérations financières.)

Les établissements publics ne peuvent pas (et ne doivent pas) demander « la carotte » de la protection contre les dettes qui est offerte par la législation relative à l'insolvabilité pour remplir leurs objectifs. Cependant, comme la LACC est muette quant à son application aux universités (ou à tout autre établissement financé par les deniers

¹⁶ Par exemple, l'Université Laurentienne a demandé et obtenu la protection de la LACC en partie, parce que la Cour a considéré que son régime de rémunération du personnel enseignant prévoyait des dispositions « supérieures au marché » : *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 659, au para. 22 [Décision afférente à la demande de protection de l'Université Laurentienne sous le régime de la LACC]. On pourrait également soulever des questions légitimes sur certaines doctrines liées aux analyses axées le marché, indépendamment de la question de savoir si celles-ci peuvent adéquatement s'appliquer à un établissement financé par les deniers publics. Ces questions dépassent la portée du présent rapport.

publics), rien n'oblige un tribunal à tenir compte de la source des revenus d'un établissement au-delà du livre comptable qui lui est présenté – y compris, par exemple, à examiner si le gouvernement est une partie nécessaire à la procédure¹⁷.

Par contre, les contraintes commerciales de la LACC exigent que les tribunaux adoptent une optique commerciale pour statuer sur toutes les questions en litige. Ainsi, dans l'affaire de la Laurentienne, le tribunal a rejeté les arguments selon lesquels l'Université ne pouvait pas se servir de la LACC pour résilier les ententes de fédération conclues de longue date avec d'autres universités, même si cette structure fédérée était très loin d'être une relation commerciale ordinaire¹⁸. Cette résiliation était justifiée, parce que la Laurentienne a établi qu'elle pourrait enseigner en interne aux étudiants des universités fédérées, mais à un coût plus bas, ce qui lui permettrait de conserver des millions de dollars en revenus de subvention.

[...] la LACC [exige] que les tribunaux adoptent une optique commerciale pour statuer sur toutes les questions en litige.

Le tribunal a accepté l'argument selon lequel un [traduction] « rajustement des effectifs » signifiait que la Laurentienne ne pouvait pas conserver les programmes et les cours qui affichaient [traduction] « un revenu négatif » et qu'une viabilité à long terme exigeait de [traduction] « générer des mouvements positifs de trésorerie sur une base annuelle grâce aux activités de l'Université »¹⁹. Or, cette vision étroite de la « viabilité » ne tient pas compte du fait que la plus grande source de « mouvements de trésorerie » d'une université est la Province. La résiliation entraînait également une perte de revenus correspondante pour les autres universités, qui se sont retrouvées dans la situation inédite où elles étaient en concurrence directe les unes avec les autres. Les

¹⁷ Voir, par exemple, Décision afférente à la demande de protection de l'Université Laurentienne sous le régime de la LACC, précité à la note 16, aux para. 27 à 29, dans laquelle le tribunal a facilement accepté l'Université Laurentienne en tant que « compagnie débitrice » en vertu de la LACC, ainsi que *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 1098, au para. 45 [Décision rendue à la nouvelle audience de l'Université Laurentienne], dans laquelle le tribunal a fait observer que la participation ou non du ministère des Collèges et Universités à l'instance n'était pas pertinente pour statuer sur la demande de redressement de la Laurentienne.

¹⁸ *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 3272, au para. 69, demande d'autorisation d'appel refusée, 2021 ONCA 448.

¹⁹ *Ibid*, aux para. 52 à 54.

décisions concernant le financement universitaire ne sont pas des situations gagnant-perdant. Cependant, le tribunal a présumé que la Laurentienne fonctionnait déjà de manière viable selon un cadre commercial, ce qui n'a sans doute jamais été le cas et n'était pas censé l'être.

*La procédure de la LACC
sape également la
structure de gouvernance
historique des universités
canadiennes [...]*

La procédure de la LACC sape également la structure de gouvernance historique des universités canadiennes, qui repose sur l'autonomie universitaire, l'autogouvernance collégiale et l'absence de tout contrôle politique partisan²⁰. L'autogouvernance prend souvent la forme d'une structure bicamérale comprenant un sénat universitaire responsable des questions académiques et un conseil des gouverneurs qui se charge des questions administratives²¹. Si la rapidité de la procédure de la LACC a un sens dans un contexte commercial, où l'objectif est de résoudre rapidement des difficultés financières et de remettre la compagnie débitrice sur des bases financières qui lui permettent de renouer avec les profits, cela va à l'encontre de la nature délibérative et consultative de la gouvernance universitaire²².

²⁰ Voir « *L'autonomie institutionnelle : principes* », en ligne : Universités Canada <<https://www.univcan.ca/fr/a-propos/adhesion-et-gouvernance/lautonomie-institutionnelle-principes/>>; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux para. 40 et 41; Julia Eastman et al., « Provincial Oversight and University Autonomy in Canada: Findings of a Comparative Study of Canadian University Governance » (2018) 48:3 Can J Higher Education 65, à la p. 67.

²¹ Glen A Jones, « Introduction » dans Glen A Jones (éd.), *Higher Education in Canada: Different Systems, Different Perspectives*, New York, Routledge, 2009, à la p. 2; Brent Davis, « Governance and administration of post-secondary institutions in Canada », dans Teresa Shanahan, Michelle Nilson et Li-Jeen Broshko (éd.), *Handbook of Canadian Higher Education Law*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015, aux p. 74 et 75. Bien que le réel pouvoir décisionnaire puisse se trouver entre les mains des comités de direction du conseil des gouverneurs et des fonctions comme la présidence, aux fins du présent rapport, étant donné que ces organes rendent compte au conseil des gouverneurs, nous considérons celui-ci comme le principal organe de gouvernance administrative.

²² Dans le cas de la Laurentienne, il a été suggéré que les coupes réalisées dans le programme universitaire grâce à cette procédure condensée étaient [traduction] « trop profondes », ce qui a obligé l'Université à rappeler des employés mis en disponibilité : voir Erik White, « The best word to describe it is strange': financial crisis looms over Laurentian University this fall », *CBC News*, 6 décembre 2021, en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/laurentian-university-campus-atmosphere-insolvency-financial-crisis-1.6267660>. Voir également Usher, « Laurentian Blues (7) – The Process », précité à la note 13.

L'une des conséquences concrètes est que, dans l'affaire de la Laurentienne, sous la menace d'une fermeture, le sénat n'avait pas beaucoup d'autres choix à part celui d'accepter des coupes massives dans les programmes universitaires et le personnel, alors que sans cela il aurait préféré procéder de manière plus posée²³. La contrainte d'une restructuration réduit le rôle du sénat universitaire au profit de celui du conseil des gouverneurs et du contrôleur externe, ce dernier étant principalement chargé de veiller aux intérêts des créanciers. Au Canada, on a reproché aux conseils des universités de se conduire de plus en plus comme des conseils d'administration d'entreprise, où règnent les grands donateurs et les chiffres financiers²⁴. Cependant, la procédure de la LACC accroît encore leur pouvoir d'agir unilatéralement et d'obtenir que leurs décisions de gestion soient homologuées par un tribunal.

[Le] tribunal a également accordé une ordonnance de mise sous scellés de certaines communications entre la Province et l'Université [...] parce que la divulgation de ces renseignements aurait pu compromettre le processus de restructuration.

Ces préoccupations sont exacerbées par le manque de transparence concernant certains aspects d'une restructuration. Certes, une procédure de la LACC est supervisée par un tribunal et théoriquement publique, mais la rapidité de l'instance fait que la majorité des parties prenantes ont toujours un temps de retard, du moins au début²⁵. Il peut également exister un déséquilibre au niveau des

²³ Union des Associations des Professeurs des Universités de l'Ontario, « CCAA process continues to fail public institutions as Laurentian Senate is forced to vote on restructuring package », communiqué de presse, 6 avril 2021, en ligne : <ocufa.on.ca/press-releases/ccaa-process-continues-to-fail-public-institutions-as-laurentian-senate-is-forced-to-vote-on-restructuring-package/>. Dans le cadre de la procédure de la LACC, la Laurentienne a engagé les conseillers en gestion de Nous Group afin de réaliser une évaluation du fonctionnement et de la gouvernance de l'Université : Université Laurentienne, « *Fonctionnement [et] gouvernance de l'Université Laurentienne* », 26 octobre 2021, en ligne : <<https://www.laurentianu.info/fonctionnement-et-de-la-gouvernance/?lang=fr>>.

²⁴ Voir, par exemple, Moira MacDonald, « University boards in the spotlight », *Affaires universitaires*, 3 janvier 2018, résumé en français disponible, en ligne : < <https://www.affairesuniversitaires.ca/articles-de-fond/article/conseils-d-administration-la-une/>>.

²⁵ Par exemple, rares sont les parties qui savaient que l'Université Laurentienne allait déposer une demande de protection avant que celle-ci ne le fasse. Bien que cela soit habituel, les seules parties à être présentes à l'audience initiale étaient l'Université, le contrôleur proposé, les créanciers bancaires et le prêteur du débiteur-exploitant : Décision afférente à la demande de protection de l'Université Laurentienne sous le régime de la LACC, précité à la note 16. Les représentants des syndicats universitaires, l'association étudiante, les universités affiliées et le gouvernement provincial ont assisté à la « nouvelle audience » : Décision sur la LACC rendue à la nouvelle audience de l'Université Laurentienne, précité à la note 17.

renseignements. Pour résoudre cette préoccupation, la LACC permet à un tribunal d'ordonner à une personne de divulguer tout intérêt économique que celle-ci possède dans une compagnie débitrice²⁶. Cependant, bien que la définition d'« intérêt économique » soit large d'un point de vue commercial, elle ne semble pas aller jusqu'à exiger que le gouvernement divulgue des renseignements. Dans l'affaire de la Laurentienne, le tribunal a également accordé une ordonnance de mise sous scellés de certaines communications entre la Province et l'Université immédiatement avant que cette dernière ne présente une demande de protection contre ses créanciers, parce que la divulgation de ces renseignements aurait pu compromettre le processus de restructuration²⁷. Il a conclu que « l'intérêt commercial » dans les documents transcendait les intérêts directs de la Laurentienne pour englober l'ensemble de la communauté, notamment le corps professoral, les étudiants, les employés, les fournisseurs, la Ville de Sudbury et la région environnante²⁸. Cependant, au lieu d'appuyer la divulgation de renseignements, ce constat a justifié une ordonnance de mise sous scellés afin d'empêcher la compromission du processus de restructuration, qui était d'une « importance considérable » pour toutes les parties prenantes²⁹. Si les préoccupations ont toutes deux été présentées sous l'angle de l'intérêt public, ce concept malléable a été interprété de manière à exiger l'approbation d'une ordonnance de mise sous scellés (protégeant ainsi les intérêts commerciaux dans la pratique).

De cette manière, les décisions rendues en vertu de la LACC sont souvent justifiées en énonçant les besoins liés au processus de restructuration lui-même, ce qui crée une boucle de rétroaction. La

[...] les décisions rendues en vertu de la LACC sont souvent justifiées en énonçant les besoins liés au processus de restructuration lui-même, ce qui crée une boucle de rétroaction.

²⁶ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.9.

²⁷ Décision afférente à la demande de protection de l'Université Laurentienne sous le régime de la LACC, précité à la note 16, aux para. 60 à 64; *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 1453 [Décision afférente à l'ordonnance de mise sous scellés accordée à l'Université Laurentienne], demande d'autorisation d'appel refusée, 2021 ONCA 199. Le tribunal a également accordé à l'Université une suspension des demandes d'accès à l'information, au motif que les renseignements souhaités pouvaient aussi être obtenus auprès du contrôleur : Décision rendue à la nouvelle audience de l'Université Laurentienne, précité à la note 17, aux para. 23 à 25, 60 et 61.

²⁸ Décision afférente à l'ordonnance de mise sous scellés accordée à l'Université Laurentienne, précité à la note 26, au para. 20.

²⁹ *Ibid*, au para. 21.

contestation par l'Université de Sudbury de la résiliation des ententes de fédération par l'Université Laurentienne a été rejetée sur un fondement similaire : les arguments concernant les obligations légales de financer des programmes d'éducation en français ont été rejetés, car, si la Laurentienne était déclarée en faillite, cela provoquerait la fin absolue de tous les programmes pour les étudiants francophones³⁰. Cette situation est comparable au (faux) choix entre, d'une part, la restructuration et la préservation des emplois et d'autre part la non-restructuration et la perte des emplois, que nous avons décrit au chapitre 2 du présent rapport. L'expérience de la Laurentienne reflète une tendance de la procédure de la LACC à imposer des dichotomies étroites pour traiter des questions complexes.

Ces décisions illustrent à la fois les défauts de l'utilisation d'un processus commercial pour traiter des problèmes ne relevant pas de la « sphère commerciale » et le raisonnement tautologique sous-tendant une grande partie de la LACC. Étant donné que la restructuration en vue d'assurer la continuité des activités est considérée comme l'objectif final, les exigences de la procédure de la LACC pour atteindre cet objectif l'emportent sur toutes les autres considérations³¹. Parallèlement, les cours d'appel appliquent une norme d'examen davantage fondée sur la retenue pour les demandes d'autorisation d'appel des décisions rendues en vertu de la LACC, ce qui est justifié en partie par la nécessité d'empêcher un retard de l'instance ou la compromission d'un éventuel plan d'arrangement³². Cela est particulièrement préoccupant dans le contexte universitaire, dans lequel l'urgence justifiant une restructuration et des coupes peut en réalité être créée par le gouvernement lui-même. La bureaucratie universitaire est parfois beaucoup plus lente que celle d'une entreprise privée, en partie à cause de la nécessité de la reddition de comptes publique, de la prise de décisions consultatives et de considérations spécifiques comme la liberté académique – autant d'éléments qui

³⁰ *Université Laurentienne c. Université de Sudbury*, 2021 ONSC 3392, aux para. 58 à 60.

³¹ On utilise aussi la LACC afin de faciliter les liquidations et cette fonction a été approuvée par la Cour suprême du Canada, soulignant que la LACC se focalise par nature sur le créancier : *Bluberi*, précité à la note 3. Voir également Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, à la p. 175; Virginia Torrie, « Implications of the *Bluberi* decision: An Affirmation of Broad Judicial Discretion in CCAAs and a 'Green Light' for Litigation Funding in Canada » (2021) 36:2 BFLR 277.

³² *Bluberi*, précité à la note 3, aux para. 53 et 54; *Edgewater Casino Inc.*, 2009 BCCA 40, au para. 20; *Nortel Networks Corp.*, 2016 ONCA 332, au para. 34.

sont passés sous silence ou minorisés dans la procédure de la LACC. Ce résultat semble d'autant plus absurde lorsque le plus gros partenaire de financement – qui pourrait décider à lui seul si une université reste solvable – n'est même pas tenu de s'asseoir à la table.

Il existe également une tendance (néolibérale) à envisager toute situation entrecoupée de difficultés financières à travers l'optique de la législation relative à l'insolvabilité. Or, l'idée que la LACC et la restructuration elle-même servent l'intérêt public (au sens où cette expression est comprise en dehors du droit commercial) et que toutes les

Il existe également une tendance (néolibérale) à envisager toute situation entrecoupée de difficultés financières à travers l'optique de la législation relative à l'insolvabilité.

restructurations sont bonnes relève du mythe. Cette idée restreint les solutions possibles aux seules solutions offertes par la législation relative à l'insolvabilité, même s'il ne s'agit pas de moyens optimaux de résoudre le problème. La portée élargie de la LACC va de pair avec une sorte d'impuissance

acquise à explorer d'autres approches en matière de politiques, nonobstant l'éventail de solutions dont dispose le gouvernement. Malgré la rhétorique des tribunaux chargés d'appliquer la LACC à propos de l'intérêt public, cela ne tient pas compte non plus des incidences à long terme des coupes faites dans un établissement qui se trouve au centre d'une communauté locale – par exemple, sur l'économie régionale³³, le système de soins de santé³⁴, les relations entre les chercheurs et les communautés autochtones³⁵, ou même l'augmentation des coûts d'emprunt pour d'autres établissements³⁶. Rien de cela n'est vraiment pertinent en vertu de la LACC, sauf si le

³³ Ben Leeson, « Laurentian cuts could take more than \$100 million out of Sudbury's economy », *The Sudbury Star*, 14 avril 2021, en ligne : <www.thesudburystar.com/news/local-news/laurentian-cuts-could-take-more-than-100-million-out-of-sudburys-economy>.

³⁴ « 'Destructive' closure of Laurentian University's midwifery program vexes students, educator », *CBC News*, 16 avril 2021, en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/laurentian-university-midwifery-school-cut-reaction-1.5989455>.

³⁵ Maureen Gustafson, Sebastien Lefebvre et Robyn Rowe, « Insolvency, Indigenous Research & the Uncertain Future of Laurentian University », Yellowhead Institute, note de synthèse, numéro 96, 19 avril 2021, en ligne (pdf) : <yellowheadinstitute.org/wp-content/uploads/2021/04/laurentian-university-and-indigenous-research-yi-brief-4.2021.pdf>.

³⁶ Usher, « Laurentian Blues (7) – The Process », précité à la note 13.

débiteur peut d'abord formuler un plan d'arrangement qui sera accepté par ses créanciers.

La possibilité que toutes ces choses se produisent et le moment où elles arriveront dépendent de chaque cas, et ce sera peut-être le résultat de calculs politiques d'un gouvernement cherchant à réduire ses obligations financières tout en se défaussant de ses responsabilités à l'égard de sa décision. Cela concorde avec un programme néolibéral qui considère les universités, malgré leur longue histoire, comme des entreprises (mal gérées). Du point de vue universitaire, certaines des premières victimes pourraient être les programmes qui critiquent les entreprises et les gouvernements ou qui ne sont pas conformes à une idéologie à vocation commerciale³⁷.

*Pourquoi devrait-on
permettre à un
gouvernement de faire
indirectement [...] ce qu'il
ne peut pas faire
directement, en se servant
simplement de la législation
relative à l'insolvabilité?*

Il est également vrai que le gouvernement exerce un certain degré d'influence sur les universités grâce à des mesures de financement et à la nomination qu'il fait de membres au conseil des gouverneurs³⁸. Cependant, cela ne crée pas de lien de dépendance et cela ne laisse pas au gouvernement le champ libre pour dicter les décisions prises dans les universités³⁹. Pourquoi devrait-on permettre à un gouvernement de faire indirectement – à savoir résilier les conventions collectives, sabrer des programmes universitaires entiers et écarter la gouvernance collégiale – ce qu'il ne peut pas faire directement, en se servant simplement de la législation relative à

³⁷ Tasha Beeds, « Sparking Change from the Colonial Crisis of the Laurentian Insolvency Debacle: Let Them Burn their Own Houses Down... A Call for An Inter-Indigenous Nation to Nation University », 22 avril 2021, *kâ-pimotê aski-iskwêw* (Femme marchant sur la Terre), en ligne : askikwew.blog/2021/04/22/sparking-change-from-the-colonial-crisis-of-the-laurentian-insolvency-debacle-let-them-burn-their-own-houses-down-a-call-for-an-inter-indigenous-nation-to-nation-university/.

³⁸ Nous traitons des arrangements en matière de financement au chapitre 6 du présent rapport.

³⁹ Eastman et al., « Provincial Oversight and University Autonomy in Canada », précité à la note 20, à la p. 67. Voir aussi *Canadian Federation of Students v. Ontario (Colleges and Universities)*, 2021 ONCA 553, aux para. 62 à 64, affaire dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le gouvernement provincial est lié par les lois constituant les universités de l'Ontario et qu'il ne peut pas utiliser son pouvoir de dépense pour imposer des prises de décisions internes à une université sans qu'une loi existe à cet effet.

l'insolvabilité⁴⁰? De même, pourquoi une université qui n'est pas destinée à être concurrentielle sur un marché ouvert en ayant pour but de faire des profits devrait-elle terminer son existence en devenant tout cela? Le prolongement logique serait un monde dans lequel une université (ou toute autre organisation financée par les deniers publics) est volontairement sous-financée par le gouvernement, puis forcée de recourir à une procédure en faillite afin d'opérer une réduction aveugle de ses dépenses. Cela correspond à établir un budget en vue de provoquer une crise afin d'éviter de rendre des comptes. Ou, c'est un monde dans lequel des universités de plus en plus privatisées dépendent du financement des banques et doivent vendre leurs campus pour survivre, comme a dû le faire l'Université Quest.

Tous les établissements sont susceptibles de faire faillite, et les universités devraient disposer de certains processus à suivre en cas de difficultés financières. D'aucuns ont aussi la crainte légitime qu'un mécanisme de rechange soit assorti de conditions strictes imposées par le gouvernement ou d'une gestion plus resserrée de l'établissement, ce qui pourrait saper l'indépendance universitaire.

[...] les universités devraient disposer de certains processus à suivre en cas de difficultés financières.

Cependant, la LACC remet le contrôle de fait entre les mains des créanciers sans aucune intervention démocratique. Comme nous l'avons indiqué précédemment, elle retire aux Provinces leur compétence sur les universités au profit de la compétence

Les organisations démocratiques ne devraient pas être soustraites à la surveillance publique pendant une crise [...]

fédérale de la législation sur la faillite et l'insolvabilité. Or, l'insolvabilité d'une université est en fin de compte un problème politique plutôt que financier. Les tribunaux ne sont pas non plus les meilleures tribunes pour trouver des solutions à des questions politiques complexes. Si nous

⁴⁰ Cela correspond à l'utilisation de la [traduction] « faillite stratégique » par les grandes entreprises américaines afin d'éviter de rembourser leurs créances et de continuer à poursuivre d'autres objectifs politiques ou organisationnels, ce qui a progressivement transformé aux États-Unis, les tribunaux de la faillite en tribunes où résoudre les problèmes sociaux : voir Kevin J Delaney, *Strategic Bankruptcy: How Corporations and Creditors Use Chapter 11 to Their Advantage*, Berkeley et Los Angeles, University of California Press, 1999.

acceptons le fait que les universités sont et doivent être « publiques », alors les décisions importantes concernant la manière de restructurer l'enseignement public ne devraient pas être ainsi placées entre les mains de parties privées. Les organisations démocratiques ne devraient pas être soustraites à la surveillance publique pendant une crise, alors que c'est probablement là que la reddition de comptes démocratique est la plus importante.

Points à retenir

- 1. Le cadre commercial de la LACC est incompatible avec le mandat d'intérêt public des universités canadiennes.*
- 2. Les universités financées par les deniers publics ne devraient pas demander une protection contre l'insolvabilité afin d'être incitées à prendre des risques, parce qu'elles bénéficient déjà du filet de sécurité fourni par l'État.*
- 3. La LACC exige que les tribunaux appliquent une optique commerciale aux prises de décisions concernant les universités, ce qui sape la gouvernance, la transparence et la reddition de comptes.*
- 4. Les décisions rendues en vertu de la LACC sont souvent justifiées par les besoins liés au processus de restructuration lui-même, ce qui crée une boucle de rétroaction qui ne tient pas compte des autres solutions stratégiques possibles.*
- 5. L'application de la LACC aux universités permet aux administrateurs, aux gouvernements, ou autres intervenants de court-circuiter la gouvernance collégiale, la négociation collective et l'autonomie universitaire pour économiser de l'argent.*
- 6. Le fait de permettre aux universités de se prévaloir de la LACC cadre avec la vision néolibérale qui considère les universités comme des entreprises et qui en cède le contrôle aux conseils d'administration d'entreprises, aux créanciers et à l'autorité fédérale de la législation relative à l'insolvabilité.*

V. Limites de l'opposition à l'application de la LACC aujourd'hui

Résumé

Une partie prenante peut s'opposer de plusieurs façons à l'application de la LACC à des universités. Elle peut faire valoir que l'organisation ne satisfait pas aux exigences minimales aux termes de la Loi, comme le critère d'insolvabilité; le fait d'agir de mauvaise foi ou à des fins inappropriées; ou le fait qu'une instance chargée des relations de travail soit plus adaptée pour traiter la restructuration. Ces oppositions sont peu susceptibles d'aboutir, étant donné le grand pouvoir discrétionnaire des juges et les restrictions législatives limitées quant à l'application de la LACC, la norme de preuve élevée en ce qui concerne les allégations de mauvaise foi et la suprématie de la LACC sur la législation des relations de travail. Il est donc possible de recourir à la procédure sous le régime de la LACC, au lieu d'utiliser les procédures et protections existantes en matière de négociation collective. Il n'y a pas encore de précédent clair relatif à ces arguments dans la restructuration d'une université (ou du secteur public), mais selon nous, ces oppositions à l'application de la LACC n'aboutiront pas si les arguments ne sont pas étayés par des faits extraordinaires.

La plupart des intervenants étaient surpris de voir l'Université Laurentienne déposer une demande de protection contre ses créanciers en vertu de la LACC. Malgré l'absence de contestation judiciaire indépendante de la question, beaucoup ont mis en doute la capacité d'une université financée par des deniers publics de même être considérée comme « insolvable »⁴¹. Dans ce chapitre, nous examinons les façons dont les parties prenantes peuvent s'opposer à l'application de la LACC et nous évaluons la viabilité de telles oppositions si ou quand une université (ou peut-être toute institution financée par des fonds publics) présente une demande de protection contre ses créanciers. Nous concluons qu'en l'absence de preuves inhabituelles sur la solvabilité ou de preuves très claires d'une conduite de mauvaise foi du débiteur, ces efforts sont peu susceptibles d'aboutir.

Une partie prenante (comme une association ou un syndicat du corps enseignant) peut chercher à s'opposer au dépôt initial d'une procédure sous le régime de la LACC, ou à

⁴¹ Voir, par exemple, *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 1098 [*Laurentian CCAA Comeback Decision*].

toute mesure d'une procédure sous le régime de la LACC, si le débiteur ne satisfait pas à l'une des conditions de la protection au titre de la LACC. Comme nous le soulignons dans les chapitres précédents, les interprétations judiciaires de ces exigences ont élargi la portée de la LACC au fil du temps. De manière générale, et selon le fondement factuel qui veut qu'on se présente au tribunal « les mains propres », il peut y avoir trois principaux motifs d'opposition à l'application de la LACC dans la procédure sous le régime de la LACC :

1. l'université ne satisfait pas au critère pour être considérée comme « insolvable », en partie parce qu'elle est financée par des fonds publics;
2. l'université qui demande à être protégée contre ses créanciers agit de mauvaise foi ou abuse de la procédure sous le régime de la LACC;
3. une autre instance est plus à même de se pencher sur certains des objectifs de la restructuration ou sur tous (p. ex. une commission des relations de travail ou un arbitre).

Le fait qu'il y ait très peu de limites légales à l'application de la LACC aux sociétés débitrices, l'approche souple de la définition de l'insolvabilité et la norme de preuve probablement élevée à respecter pour établir la mauvaise foi ou l'abus de procédure font qu'il sera très difficile de contester la demande de protection contre ses créanciers déposée par une université. De plus, les syndicats ne réussissent généralement pas à faire valoir qu'il vaut mieux régler les problèmes liés à la restructuration dans des instances chargées des relations de travail (ou, autrement, en évitant un sursis au titre de la LACC sur cette base). Le reste de ce chapitre précisera ce résumé par des renvois plus détaillés à des précédents contestant le recours à la LACC, qui sont, en fait, assez peu nombreux dans la jurisprudence.

A. Contester l'admissibilité au régime de la LACC

Comme nous le mentionnons dans les chapitres précédents, nous ne pensons pas qu'une opposition générale à l'application de la LACC à une organisation financée par des deniers publics aboutira si cette organisation est constituée en personne morale, a un passif d'au moins 5 M\$, peut démontrer pourquoi elle n'est pas en mesure actuellement ou ne sera pas en mesure prochainement d'acquitter son passif à échéance, et n'est visée, par ailleurs, par aucune des exceptions prévues par la LACC (p. ex. les banques ou les sociétés d'assurance).

[...] un tribunal de la LACC conclura probablement que toute organisation constituée en société [...] est une « compagnie débitrice ».

La définition de « compagnie débitrice » a été élargie au fil du temps par des modifications et par l'interprétation judiciaire. Plusieurs demandes déposées en vertu de la LACC concernaient des sociétés sans but lucratif⁴². À moins d'une exemption précise prévue par la LACC (et peut-être même s'il en existe une, comme l'explique le chapitre 3), nous sommes d'avis qu'un tribunal de la LACC conclura probablement que toute organisation constituée en personne morale – qu'il s'agisse d'une société par actions ou d'une personne morale créée en vertu d'une loi spéciale – est une « compagnie débitrice ». Le caractère public de la constitution en personne morale, l'utilité publique ou les actifs de l'établissement, ou le rôle essentiel du financement public se sont révélés être des motifs suffisants pour exclure des entités qui répondent aux conditions officielles de l'interprétation évolutive de ce qu'est une compagnie débitrice⁴³. Cela laisse supposer que d'autres entités du secteur parapublic, comme les hôpitaux, pourraient également se prévaloir de la protection de la LACC.

⁴² Voir, par exemple, *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge, Re*, 1998 CanLII 14907 (C. sup. Ont.) [*Red Cross*], refus de l'autorisation d'appel, 1998 CanLII 17737 (ON CA); *TLC The Land Conservancy of British Columbia*, 2014 BCSC 97; *Quest University Canada*, 2020 BCSC 318 [*Quest CCAA Filing Decision*].

⁴³ Certaines universités ont été fondées à l'origine par des chartes royales antérieures à la Confédération. Il se peut que ces établissements puissent avancer un argument technique dont ne disposent pas les universités constituées sous le régime de lois provinciales. Cependant, dans la mesure où la charte d'une

Par ailleurs, les parties – y compris des agents négociateurs – ont notamment cherché à s'opposer à l'application de la LACC en soutenant que la compagnie débitrice n'est en fait pas insolvable et ne devrait pas pouvoir se réclamer de la protection d'une suspension de la procédure. Comme nous le soulignons dans les chapitres précédents, la LACC elle-même est une loi très flexible et les tribunaux qui ont à statuer sur son application jouissent d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour ce qui est de rendre des ordonnances afin de faciliter la réalisation de ses objectifs⁴⁴. Les tribunaux s'appuient sur ce pouvoir pour conclure, entre autres, qu'ils peuvent accorder un accès à la LACC à une entreprise qui est **proche** de l'insolvabilité.

Dans *Stelco Inc.*, les agents négociateurs soutenaient que l'évaluation de la solvabilité de la compagnie débitrice devrait tenir compte du fait que certains éléments de passif à long terme (y compris le passif découlant du régime de retraite) n'étaient pas immédiatement exigibles et échus et, qu'en conséquence, le seuil d'insolvabilité n'était pas atteint. Le tribunal n'a pas souscrit à cet argument, estimant qu'il allait à l'encontre de l'objet de la LACC, qui est de limiter les dépôts de procédure sous le régime de la LACC jusqu'à ce que les difficultés financières d'une entreprise soient telles qu'elle n'aurait pas suffisamment de ressources pour mener à bien une restructuration⁴⁵. Selon ce critère, une société insolvable est une société qui n'est pas encore incapable de respecter ses obligations, mais dont il est raisonnable de penser qu'elle sera à court de liquidités avant de pouvoir se restructurer sans la protection de la LACC. Ce critère « de prévisibilité et de proximité raisonnable » moins exigeant est largement adopté en Ontario, mais il n'est pas universellement accepté par les tribunaux de cette province ou ailleurs au Canada⁴⁶.

université crée une personne morale ou une structure de gouvernance similaire, nous pensons que les juges estimeront que la LACC s'applique aux universités à charte.

⁴⁴ La Cour suprême du Canada a confirmé que la LACC confère un large pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé afin de réaliser ses objectifs réparateurs : *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60 au para. 59.

⁴⁵ Voir, par exemple, *Stelco Inc.*, 2004 CanLII 24933 (C. sup. Ont.) au para. 26 [*Stelco*], refus de l'autorisation d'appel, [2004] OJ n° 1903 (C.A. Ont.), refus de l'autorisation d'appel, [2004] SCCA n° 336 (SCC).

⁴⁶ Certains tribunaux sont d'avis que le critère de solvabilité devrait être limité aux obligations actuellement exigibles ou pas à proprement parler imputables au titre d'un exercice comptable donné : voir, par exemple, *Enterprise Capital Management Inc. v Semi-Tech Corp.*, 1999 CanLII 15003

La contestation de l'insolvabilité présumée d'un demandeur dépendra beaucoup des faits de l'espèce. Cependant, la jurisprudence existante donne fortement à penser qu'en présence de preuves crédibles d'une crise de liquidité, un tribunal conclura probablement qu'un demandeur est insolvable, même si les causes immédiates de l'insolvabilité sont temporaires ou si un financement public provisoire est ou pourrait être disponible.

[E]n présence de preuves crédibles d'une crise de liquidité, un tribunal conclura probablement qu'un demandeur est insolvable [...]

Une organisation constituée en vertu d'une loi spéciale peut-elle demander à bénéficier de la LACC?

Avant l'Université Laurentienne, la demande déposée par l'Université Quest en 2020 était le premier exemple d'un dépôt de procédure d'une université sous le régime de la LACC. L'Université Quest est une petite université sans but lucratif à financement privé fondée en 2004 après un don de biens important à Squamish (Colombie-Britannique). Elle a été constituée en vertu d'une loi provinciale spéciale et elle est gérée par un conseil des gouverneurs. Entre autres objectifs prévus par cette loi spéciale, l'Université Quest devait [traduction] « maintenir les normes d'enseignement les plus élevées et l'excellence de l'apprentissage dans ses programmes d'études », de même qu'« encourager et faciliter des contributions à l'avancement des connaissances⁴⁷ ». En dehors des droits de scolarité payés par environ 500 étudiants, elle tirait l'essentiel de ses revenus de dons, du produit de la vente de terrains excédentaires et d'autres entreprises commerciales. Elle a obtenu de nombreux prêts au fil des ans et n'a jamais généré suffisamment de revenus pour couvrir ses dépenses, d'où des déficits annuels chroniques.

Les difficultés financières de l'Université Quest ont atteint un point critique à la fin de 2019 lorsque plusieurs prêts sont arrivés à échéance. Elle s'est placée sous la

(Ont SCJ); *Oblats de Marie Immaculée du Manitoba*, 2004 MBQB 71; *Royal Bank of Canada v Oxford Medical Imaging Inc.*, 2019 ONSC 1020.

⁴⁷ *Sea to Sky University Act*, SBC 2002, ch. 54, art. 3.

protection de la LACC en janvier 2020 et est sortie du processus de restructuration en décembre de la même année. Le tribunal a statué que l'Université Quest était insolvable selon le critère énoncé dans *Stelco* parce qu'elle était incapable d'honorer des paiements imminents au titre des salaires et des loyers sans financement supplémentaire⁴⁸. Il semble qu'il n'y ait pas eu de réel débat pour savoir si la LACC s'appliquait, mais le tribunal a reconnu que l'Université Quest était particulière et a souligné que son « activité » était [traduction] « à but non lucratif, sans aspiration à gagner de l'argent, mais avec l'ambition d'offrir à de jeunes adultes une expérience d'apprentissage précieuse et unique⁴⁹ ». Le tribunal a également souligné la nature particulière des actifs de l'université, notamment des bâtiments du campus. Cependant, ce caractère particulier n'a pas eu d'incidence notable sur la nature de la procédure. L'Université Quest a « réussi » à sortir de la procédure sous le régime de la LACC le 8 décembre 2020, après que le tribunal a approuvé la vente de terrains lui appartenant à un prestataire de services éducatifs privé à qui elle doit maintenant louer son propre campus⁵⁰. Le ministère de l'Éducation, des Habiletés et de la Formation de la Colombie-Britannique **était** représenté aux audiences, mais il ne semble pas qu'une participation ou une approbation du gouvernement ait été nécessaire, pas plus qu'un financement public ne faisait partie de propositions.

Si nous pouvons à juste titre nous interroger sur le modèle de l'Université Quest et sur les résultats de sa restructuration, en tant qu'établissement privé, elle est différente d'universités publiques telles que l'Université Laurentienne. Cependant, c'est un exemple de la volonté des tribunaux d'élargir la LACC à de nouvelles entités qui répondent aux exigences officielles de la loi, même lorsqu'il s'agit d'un établissement postsecondaire constitué en vertu d'une loi spéciale d'une assemblée législative provinciale.

⁴⁸ *Quest CCAA Filing Decision*, *supra* note 2 aux para. 26-27.

⁴⁹ *Ibid* au para. 89.

⁵⁰ *Quest University Canada*, 2020 BCSC 1883, refus de l'autorisation d'appel, 2020 BCCA 364; Quest University Canada, « Quest University Successfully Emerges from CCAA », communiqué, 8 décembre 2020, en ligne (pdf) : <questu.ca/wp-content/uploads/2020/12/Quest-Final-CCAA-Emergence-Press-Release-December-8-2020.pdf>. Voir aussi The Squamish Chief, « In order to settle its debts, Quest University sells off campus », 29 octobre 2020, en ligne : <www.squamishchief.com/local-news/in-order-to-settle-its-debts-quest-university-sells-off-campus-3351994>.

Une université financée par des deniers publics peut-elle satisfaire à la définition de l'insolvabilité?

En réponse à la demande initiale déposée par l'Université Laurentienne, le tribunal a décidé rapidement que la LACC s'appliquait⁵¹. Comme l'Université Laurentienne était constituée sous le régime de l'Acte *Laurentienne* et qu'il s'agissait aussi d'une société sans but lucratif, c'était une « compagnie » aux fins de la LACC. L'université a fait valoir qu'elle satisfaisait au critère d'insolvabilité parce qu'elle avait enregistré des déficits de fonctionnement répétés de plusieurs millions de dollars chaque année pendant plusieurs années, ce qui avait conduit à un déficit de fonctionnement d'environ 20 M\$ à la fin de l'exercice 2019-2020, avec un déficit supplémentaire de 5,6 M\$ prévu pour 2020-2021⁵². Le tribunal a accepté cette preuve et conclu que l'Université Laurentienne était [traduction] « manifestement insolvable » et faisait face à [traduction] « une grave crise de liquidité »⁵³. Elle ne dit en rien qu'une restructuration n'était pas raisonnablement possible. L'Université Laurentienne remplissait donc les conditions d'une compagnie débitrice et elle a obtenu d'être protégée contre ses créanciers.

À la nouvelle audition, les agents négociateurs des employés ont mis en doute le fait que l'Université Laurentienne ait bien satisfait à la définition de l'insolvabilité et ont demandé pourquoi le ministère de la Formation et des Collèges et Universités n'était pas partie⁵⁴. Le tribunal a redit que la preuve présentée à la première audition était suffisante pour conclure que l'Université Laurentienne était insolvable et qu'aucun

[L]es arguments politiques relatifs au bon rôle du bailleur de fonds publics [...] sont peu susceptibles de convaincre un tribunal de la LACC.

nouvel élément n'avait été apporté qui permettrait de modifier cette conclusion. En ce qui concerne le rôle du ministère, le juge président a simplement fait remarquer que [traduction] « bien que cette question présente un intérêt pour l'APPUL et les associations, ainsi que pour d'autres parties prenantes peut-être, elle n'a pas, selon

⁵¹ *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 659 aux para. 27-29.

⁵² *Ibid* aux para. 20-21. L'université est allée jusqu'à affirmer qu'en l'absence de la protection conférée par la LACC, elle n'aurait pas suffisamment de fonds pour payer les salaires ce même mois.

⁵³ *Ibid* au para. 33.

⁵⁴ *Laurentian CCAA Comeback Decision*, précité à la note 1 au para. 39-55.

moi, d'incidence sur les questions à trancher dans cette nouvelle motion⁵⁵ ».

Comme cette affaire le laisse supposer, les arguments politiques relatifs au bon rôle du bailleur de fonds publics – le gouvernement – sont peu susceptibles de convaincre un tribunal de la LACC. La procédure de l'Université Laurentienne est certainement l'exemple le plus récent, mais en général, les tribunaux hésiteront à intervenir dans les décisions de financement gouvernementales dans lesquelles entrent des considérations stratégiques complexes.

Dans un autre exemple, en 1998, la Société canadienne de la Croix-Rouge s'est placée sous la protection de la LACC parce qu'elle faisait face à une facture d'environ 8 milliards de dollars dans des actions en justice relatives à l'approvisionnement en sang contaminé⁵⁶. Elle a conclu avec le gouvernement du Canada une entente aux termes de laquelle elle vendait la plupart de ses actifs à la nouvelle Société canadienne du sang et à Héma-Québec, le produit de la vente devant constituer la réserve de fonds de règlement dans ses différents recours collectifs. Ces nouvelles entités indépendantes ont été créées sur la recommandation de la Commission d'enquête Krever. Le tribunal a approuvé cette « vente rapide » avant qu'un plan de restructuration ne soit présenté aux créanciers, y compris aux demandeurs parties aux recours collectifs⁵⁷. Le tribunal a qualifié le plan de « règlement [négocié] de tous les problèmes politiques, sociaux et personnels » qui servait l'intérêt général en préservant l'infrastructure d'approvisionnement en sang du Canada et en garantissant la viabilité continue de la Croix-Rouge en tant qu'organisation humanitaire⁵⁸.

Le tribunal a rejeté une autre proposition de régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité présenté par certains demandeurs parties aux recours collectifs. Cette proposition supposait que la Croix-Rouge conservait temporairement le contrôle du système d'approvisionnement en sang et facturait ses services directement aux

⁵⁵ *Ibid* au para. 45.

⁵⁶ Janis Sarra, « Competing Public Interest Considerations: Canadian Red Cross Society », dans *Creditor Rights and the Public Interest*, University of Toronto Press, 2003, p. 195.

⁵⁷ *Red Cross*, précité à la note 2.

⁵⁸ *Ibid* au para. 7.

hôpitaux sur la base du recouvrement intégral des coûts, le but étant de réunir suffisamment de fonds pour les actions en justice sans financement public. Le tribunal était d'avis que cette proposition ne constituait même pas un plan d'arrangement valide en vertu de la LACC, car il dépendait d'une mesure politique plutôt que d'une entente entre la société et ses créanciers⁵⁹ :

[Traduction].

Je suis arrivé à la conclusion que la proposition Lavigne – aussi louable puisse-t-elle être dans d'autres contextes – n'offre pas de solution de rechange réaliste ou pratique dans le contexte de cette procédure sous le régime de la LACC. Je me demande s'il est même possible de dire qu'elle constitue un « Plan de transaction et d'arrangement » au sens de la LACC, car ni le débiteur (la Croix-Rouge) ni les créanciers (dont les demandeurs qui ont reçu des transfusions) n'ont pas les moyens de le mettre en œuvre. Il s'agit, en réalité, d'une solution politique et sociale qui doit être appliquée par les gouvernements. Il ne s'agit pas de quelque chose que le tribunal peut imposer dans le contexte d'une restructuration. Sans trancher cette question, toutefois, je suis convaincu que la proposition ne justifie pas dans les circonstances que le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire aux termes des articles 4 et 5 de la LACC pour convoquer une réunion des créanciers afin qu'ils se prononcent à son sujet. [Non souligné dans l'original]

La conclusion du tribunal reposait en partie sur le fait que le gouvernement n'avait pas accepté la recommandation de la Commission Krever d'un régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité, mais **avait** accepté que la Croix-Rouge ne continue pas de gérer le système d'approvisionnement en sang. Autrement dit, le tribunal n'était pas disposé à envisager une proposition spéculative en vertu de la LACC qui lui ferait jouer un rôle décisionnaire. La seule proposition viable – renflouer ce qui était, au fond, un bien public – était, en fait, celle que le gouvernement avait acceptée préalablement. Toutefois, cela n'a été possible qu'après une longue enquête publique et de longues négociations entre les parties, ce qui n'a pas du tout eu lieu dans le cas de l'Université Laurentienne.

Existe-t-il une possibilité raisonnable de restructuration?

Une compagnie débitrice doit également montrer qu'il existe une possibilité raisonnable de restructuration pour être admissible à la protection conférée par la LACC. Il ne s'agit

⁵⁹ *Ibid* au para. 31.

pas, cependant, d'un lourd fardeau⁶⁰. Une demande ne sera refusée qu'en l'absence d'une telle possibilité, par exemple lorsqu'il est évident que les majorités requises de créanciers n'appuieront jamais un plan d'arrangement ou que la protection de la LACC serait préjudiciable à une majorité de créanciers⁶¹. (Un plan d'arrangement doit être approuvé par une majorité de créanciers dans chaque catégorie et ils doivent représenter ensemble au moins les deux tiers de la valeur totale dans chaque catégorie⁶².) Il est très improbable que cette situation s'applique dans le cas d'une université où – étant donné la nature spécialisée des actifs de l'université – les créanciers ont peut-être même donné leur accord à des prêts, étant entendu, explicitement ou implicitement, qu'il y a un filet de sécurité gouvernemental⁶³.

De plus, les employés sont principalement des créanciers chirographaires en dehors d'une réclamation super-prioritaire de 2 000 \$ pour salaire impayé⁶⁴. Ils sont généralement désavantagés dans tout plan d'arrangement (et dans le critère de la « possibilité raisonnable ») parce que les priorités de la restructuration peuvent dépendre de créanciers garantis importants. En outre, le gouvernement, qui est habituellement le principal bailleur de fonds dans le cas d'une université publique, n'a aucune obligation de participer à la procédure ou d'accepter un plan final. En revanche, l'État ou certains organismes de réglementation sont tenus d'approuver les plans qui ne comprennent pas le paiement de sommes dues au titre de déductions à la source et de cotisations au régime de retraite des employés⁶⁵. Autrement dit, la LACC concerne certaines dettes de l'État, et oblige l'État aux termes de la loi, mais elle n'exige pas de participation

[L]e gouvernement [...] n'a aucune obligation de participer à la procédure ou d'accepter un plan final.

⁶⁰ Voir, par exemple, *Alberta Treasury Branches v Tallgrass Energy Corp.*, 2013 ABQB 432; *Industrial Properties Regina Ltd. v Copper Sands Land Corp.*, 2018 SKCA 36.

⁶¹ *Hunters Trailer & Marine Ltd.*, 2000 ABQB 952.

⁶² *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C., 1985, ch. C-36, para. 6(1) [LACC].

⁶³ Voir l'analyse d'Alex Usher, « Laurentian Blues (7) – The Process », *Higher Education Strategy Associates*, 13 avril 2021, en ligne : <higherstrategy.com/laurentian-blues-7-the-process/>.

⁶⁴ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C., 1985, ch. B-3, art. 81.3-81.4 [LFI]. Voir à l'annexe C un résumé des droits des employés dans les procédures de restructuration.

⁶⁵ LACC, précité à la note 22, para. 6(3) et 6(6).

particulière du gouvernement ni, en fait, aucune intervention du tout lorsqu'il est le plus gros créancier d'une université financée par les deniers publics.

B. Mauvaise foi et abus de procédure

Une demande est-elle présentée de bonne foi et à des fins inappropriées?

Depuis novembre 2019, l'article 18.6 de la LACC inclut une obligation explicite de bonne foi qui s'applique à toutes les parties à la procédure de restructuration (et pas seulement au contrôleur). La bonne foi n'est pas définie, mais les tribunaux ont statué que les débiteurs doivent agir avec honnêteté, en faisant preuve d'équité commerciale

[L]es débiteurs doivent agir avec honnêteté, en faisant preuve d'équité commerciale et en ayant de bonnes intentions envers toutes les parties prenantes [...]

et en ayant de bonnes intentions envers toutes les parties prenantes au processus d'insolvabilité⁶⁶.

Lorsqu'une personne intéressée n'agit pas de bonne foi, le tribunal jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour y remédier. Certains commentateurs reprochent à cette nouvelle obligation « autonome » d'apporter peu de directives ou de substance à la procédure de la LACC⁶⁷. Cependant, la Cour suprême approuve le rôle contextuel du juge dans l'application de la LACC pour ce qui est d'établir si une partie agit dans un « but inapproprié » qui risque de contrecarrer ou de miner les objectifs de la loi ou d'aller à leur rencontre⁶⁸.

En plus des exigences de bonne foi énoncées par la loi et la common law, un tribunal de la LACC conserve sa compétence inhérente pour éviter un abus de sa propre procédure. La Cour suprême qualifie cette doctrine de moyen de maîtriser des

⁶⁶ Voir, par exemple, *San Francisco Gifts Ltd (Companies' Creditors Arrangement Act)*, 2005 ABQB 91 aux para. 13-27 [*San Francisco Gifts*]; *Muscletech Research & Development Inc.*, [2006] OJ n° 462 (Ont SCJ) au para 4; *Worldspan Marine Inc.*, 2011 BCSC 1758 au para. 23.

⁶⁷ Voir, par exemple Jassmine Girgis, « A Generalized Duty of Good Faith in Insolvency Proceedings: Effective or Meaningless? », 2020-2021, vol. 64, *Revue Canadienne du droit de commerce*, p. 98.

⁶⁸ 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10 aux para. 70 et 75-76.

procédures oppressives ou vexatoires ou qui déconsidéreraient l'administration de la justice⁶⁹.

Cela précise dans quelles circonstances il est recouru au tribunal dans un but inapproprié, mais la plupart des cas d'abus de procédure relatifs à la LACC concernent des tentatives visant à contourner la suspension de la procédure ou à saisir le tribunal de questions déjà tranchées dans une restructuration, plutôt que le dépôt même de la demande de protection sous le régime de la LACC. Les tribunaux considèrent également comme interchangeable ou du moins étroitement liés les arguments concernant la mauvaise foi ou des fins inappropriées. Par exemple, dans *Elan Corp. v. Comiskey* (affaire portant sur des actes de fiducie directs), le juge Doherty, dissident en partie, fait le commentaire suivant⁷⁰ :

[Traduction].

Une compagnie débitrice ne devrait pas être autorisée à utiliser la Loi à toute fin autre que de tenter une réorganisation légitime. Si la demande vise à avantager un créancier au détriment d'un autre, à nuire aux intérêts légitimes de créanciers, à retarder la défaillance inévitable de la compagnie débitrice, ou à une autre fin inappropriée, le tribunal dispose de moyens pour [...] empêcher l'utilisation abusive de la Loi. Lorsque la compagnie débitrice agit de mauvaise foi, le tribunal peut refuser d'ordonner une réunion des créanciers, il peut refuser une protection provisoire, il peut, en cas de mauvaise foi, modifier la protection provisoire initialement accordée, ou il peut refuser de sanctionner tout plan émanant de la réunion des créanciers.

S'opposer à un arrangement ou promouvoir un intérêt qui diffère de celui d'autres parties prenantes n'est pas forcément agir à une fin inappropriée. Autrement dit, les motivations d'une partie n'atteindraient ce seuil que dans des cas extrêmes⁷¹. Il faut, en fait, établir si le débiteur abuse de la LACC au détriment de créanciers ou d'autres parties prenantes⁷².

En théorie, un abus de procédure pourrait aussi constituer une fraude ou prêter à un argument selon lequel une partie ne s'est pas présentée au tribunal les mains propres. Dans le dépôt d'une procédure par Woodward sous le régime de la LACC, un groupe

⁶⁹ *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26 au para. 39.

⁷⁰ *Elan Corp. v Comiskey*, 1990 CanLII 6979 (ON CA) à 313.

⁷¹ Voir, par exemple *12178711 Canada Inc v Wilks Brothers, LLC*, 2020 ABCA 430 au para 76, appel de l'approbation d'un plan en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C., 1985, ch. C-44.

⁷² *San Francisco Gifts*, précité à la note 26 aux para. 14-27.

de fournisseurs faisaient valoir que la date du dépôt de procédure avait été choisie en fonction du moment où les créances impayées de la compagnie seraient les plus élevées, ce qui lui conférait un avantage injuste⁷³. Le tribunal a conclu que les éléments de preuve dont il disposait ne suffisaient pas à montrer que la date du dépôt de procédure était frauduleuse ou abusive⁷⁴. Cependant, il a laissé entendre que s'il y avait eu suffisamment d'éléments de preuve pour exclure une demande pour ce motif, le recours probable serait de refuser la protection de la LACC. Nous n'avons trouvé aucun cas où cela s'est produit. En revanche, les arguments relatifs à des fins inappropriées sont beaucoup plus courants dans les dépôts de bilan⁷⁵.

Dans la procédure de l'Université Laurentienne, les parties prenantes, l'Université Thorneloe et l'Université de Sudbury ont toutes deux contesté en vain l'avis de résiliation de ses ententes avec les universités fédérées donné par l'Université Laurentienne au motif qu'elle agissait de mauvaise foi⁷⁶. L'Université Laurentienne a soutenu que cette résiliation était nécessaire pour réaliser des économies (parce qu'elle avait conclu qu'elle pouvait elle-même enseigner aux étudiants des universités fédérées à un moindre coût) et que son fournisseur de crédit-relais en avait fait une condition à de nouveaux fonds.

⁷³ *Woodward's Ltd. Estate*, 1993 CanLII 881 (C.S.C.-B.) à 13.

⁷⁴ La pratique qui consiste à « extraire le plus de dividendes » de cette manière a conduit à des modifications créant de super-priorités sur les biens achetés peu avant une faillite ou une mise sous séquestre : *BIA*, précité à la note 24, art. 81.1 et 81.2. Sans s'appliquer aux cas concernant la LACC, cela montre comment un cas problématique peut entraîner une réforme du droit pour contrer l'« abus » dont on se plaignait.

⁷⁵ Voir, par exemple, *First City Trust Co v Omni-Stone Corp*, 1991 CanLII 7092 (C. sup. Ont.) (confirmant qu'un créancier n'abuse pas de la procédure ou n'agit pas à des fins inappropriées s'il dépose une requête de mise en faillite simplement parce qu'elle offre peut-être un autre recours contractuel); *Christiansen v Paramount Developments Corp.*, 1998 ABQB 1005 aux para. 34-35 (confirmant que les preuves sont insuffisantes pour conclure qu'une demande d'ordonnance de séquestre présentée par un ancien employé l'a été à des fins inappropriées); *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy)*, Re, 1998 NSCA 42 aux para 50-56 (précisant quand les votes de créanciers dans une faillite seront rejetés pour des motifs délictuels, comme un abus de procédure ou une fraude).

⁷⁶ *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 3272 [*Thorneloe University*], refus de l'autorisation d'appel, 2021 ONCA 448; *Laurentian University v Sudbury University*, 2021 ONSC 3392 [*Sudbury University*]. Voir aussi Jassmine Girgis, « A Generalized Duty of Good Faith Applied to Disclaimer Under the CCAA », commentaire sur l'affaire opposant l'Université Laurentienne à l'Université de Sudbury, *ABlawg*, 1^{er} juin 2021, en ligne : <ablawg.ca/2021/06/01/a-generalized-duty-of-good-faith-applied-to-disclaimer-under-the-ccaa/>.

L'Université Thorneloe prétendait que l'Université Laurentienne avait toujours voulu mettre fin à la relation de fédération et qu'elle utilisait indûment la procédure sous le régime de la LACC à cette fin. Le tribunal, qui n'était pas de cet avis, souligne que [traduction] « les restructurations ne sont pas faciles et entraînent souvent un traitement qu'une partie peut considérer comme très dur. Toutefois, cela ne veut pas nécessairement dire que l'autre partie n'a pas agi de bonne foi⁷⁷. » On pourrait aussi en déduire que le contrôleur, en recommandant la résiliation, convenait que l'Université Laurentienne avait agi de bonne foi.

L'Université de Sudbury soutenait plus explicitement que la résiliation constituait un abus de procédure et un acte de mauvaise foi parce que l'Université Laurentienne cherchait à utiliser la procédure sous le régime de la LACC à des fins collatérales et inappropriées ayant pour effet de détruire un concurrent⁷⁸. Là encore, le tribunal a rejeté cet argument en expliquant que [traduction] « l'objet n'est pas d'acculer un concurrent à la faillite, mais simplement de mettre fin à un modèle financier intenable dans le contexte de circonstances difficiles et urgentes⁷⁹ ». De l'avis du tribunal, les obligations de l'Université Laurentienne à l'égard de ses créanciers l'ont emporté et c'est ce qui l'a amenée à chercher à négocier avec l'Université de Sudbury⁸⁰ :

[Traduction].

Je ne crois pas que l'Université Laurentienne ait une obligation légale d'agir dans l'intérêt de la Fédération. Sa principale obligation à l'heure actuelle est envers ses créanciers. Comme il est mentionné ci-dessus, l'Université Laurentienne a participé à deux mois de médiation intense avec l'ensemble de ses parties prenantes. Elle a obtenu des résultats positifs avec l'Université Huntington et ses syndicats. Je souscris à l'avis du conseil de l'Université Laurentienne selon lequel l'absence de règlement avec l'Université Thorneloe et l'Université de Sudbury ne signifie pas que l'Université Laurentienne n'a pas cherché de bonne foi à parvenir à un règlement.

Nous n'avons trouvé qu'une affaire où un syndicat partie a fait valoir avec succès qu'il y avait mauvaise foi, mais c'était avant l'entrée en vigueur de l'article codifié 18.6. Dura Canada a obtenu en 2009 la protection de la LACC en raison de dettes du régime de retraite s'élevant à environ 9 M\$, de dettes du régime d'avantages sociaux s'élevant à

⁷⁷ *Thorneloe University*, précité à la note 36 au para. 72.

⁷⁸ *Sudbury University*, précité à la note 36 au para. 22.

⁷⁹ *Ibid* au para. 29.

⁸⁰ *Ibid* au para. 30.

environ 8,2 M\$ et de dettes totales non garanties supérieures à 90 M\$ (dont 72 M\$ dus à des entités apparentées). La question fondamentale était de savoir si la responsabilité des paiements à ses régimes de retraite et d'avantages sociaux canadiens incombait à la seule entité canadienne ou si cette obligation s'étendait aussi à ses entités apparentées, y compris à Dura US. L'entreprise a par la suite demandé une prolongation de la suspension de la procédure sous le régime de la LACC et la création d'un processus de réclamation dans le cadre d'un plan qui prévoyait la renonciation à toutes les réclamations visant ses entreprises apparentées⁸¹.

Les deux syndicats et l'administration du régime de retraite se sont opposés à la motion et ont demandé une ordonnance de clôture de la procédure, déclarant que la présentation de la demande constituait un abus de procédure, que l'entreprise ne pouvait prétendre être seule responsable des prestations de retraite et demandant une ordonnance de faillite contre l'entreprise (qui avait cessé son activité). Le surintendant des services financiers s'est également opposé au redressement demandé en faisant valoir que rien ne permettait de conclure qu'un plan viable pouvait être présenté. Même le contrôleur n'était pas favorable à la prolongation de la suspension, car il [traduction] « n'était pas convaincu que le demandeur agissait de bonne foi et avec diligence⁸² ».

Les syndicats et l'administrateur du régime de retraite s'étaient toujours opposés à ce que l'entreprise dépose une procédure sous le régime de la LACC. L'entreprise avait cherché à négocier avec ces parties afin de définir un plan d'arrangement viable, et ce jusqu'au matin de la motion prévue. Quand elle a compris au dernier moment que les négociations sur la question du passif du régime de retraite n'aboutiraient pas, elle a changé de stratégie et demandé une ordonnance afin que son plan soit présenté aux retraités pour un vote. Dans le cadre de cette motion, elle soulevait un nouvel argument, à savoir qu'en fait, les syndicats n'étaient pas habilités à représenter les retraités. Le tribunal a conclu que Dura avait agi de mauvaise foi dans les négociations (mais pas dans le dépôt initial) parce qu'elle avait déjà négocié sans objection avec les groupes représentatifs existants. En outre, l'échec des négociations signifiait qu'aucun

⁸¹ *Dura Automatic Systems (Canada) Ltd.*, 2010 ONSC 1102.

⁸² *Ibid* au para. 9.

plan viable ne pouvait être présenté. Le tribunal a rejeté la motion de l'entreprise et mis fin à la suspension afin de permettre le dépôt d'une requête en faillite, mais elle n'a pas mis fin à la procédure de la LACC.

Nous constatons que ce seul exemple d'obtention de l'arrêt d'une procédure sous le régime de la LACC pour mauvaise foi ne s'est pas produit à l'étape initiale du dépôt. Fait inhabituel, les syndicats concernés, les organismes de réglementation et même le contrôleur étaient tous opposés à la prolongation, préférant la faillite à une restructuration. La procédure sous le régime de la LACC était en cours et il est devenu évident qu'elle ne porterait pas ses fruits, notamment parce que le débiteur négociait manifestement de mauvaise foi. Cette situation unique donne à penser que l'affaire ne représente peut-être pas un précédent utile pour le secteur universitaire.

En général, donc, les juges acceptent qu'il est acceptable pour les entités qui demandent à être placées sous le régime de la LACC d'agir dans leur propre intérêt sous l'angle commercial du droit en matière d'insolvabilité. Souvent, ils laisseront le contrôleur déterminer si la compagnie débitrice agit de

[L]es juges acceptent qu'il est acceptable pour les entités qui demandent à être placées sous le régime de la LACC d'agir dans leur propre intérêt [...]

bonne foi. Les affaires laissent supposer qu'il est improbable, en l'absence de preuves manifestes de comportement douteux de la part du demandeur, que le tribunal de la LACC conclue à la mauvaise foi ou à un abus de procédure lorsqu'une compagnie débitrice par ailleurs admissible demandera la protection de la LACC.

Cependant, un groupe d'auteurs estiment, s'agissant de l'obligation de bonne foi relativement à la LACC à la lumière des obligations législatives en matière de relations de travail (comme l'obligation de négocier de bonne foi), que les employeurs sont tenus d'informer à l'avance les syndicats des demandes imminentes de faillite ou au titre de la LACC, y compris des pourparlers avec les créanciers garantis au sujet du financement temporaire⁸³. Il en est ainsi à cause de la vulnérabilité des employés par rapport aux

⁸³ Tracey Henry, Danielle Stampley et Alex St John, « CCAA Duty of Good Faith: Notice Obligations to Union Stakeholders », Annual Review of Insolvency Law, 19^e édition, 2019.

créanciers garantis qui n'est pas dûment prise en compte dans une nouvelle audition lorsque nombre des décisions clés ont déjà été prises. Ils expliquent que la date requise de l'avis dépendra probablement du moment où la décision est suffisamment concrète. Par exemple, dans *Sun Indalex Finance c. United Steelworkers*, la Cour suprême déclare que l'entreprise a manqué à ses obligations fiduciaires en qualité d'administrateur des régimes de retraite en n'avisant pas les participants à son régime de retraite de sa demande de financement provisoire qui accordait la priorité au prêteur sur les participants au régime⁸⁴. Les auteurs résument ainsi les avantages d'un préavis :

[Traduction].

En pratique, le préavis sert au moins trois objectifs. Premièrement, il encourage des relations de travail positives. Informer le syndicat dès que possible d'une procédure imminente sous le régime de la LACC peut contribuer dans une certaine mesure à ce que le syndicat et l'employeur maintiennent des relations sincères et de coopération pendant toute la procédure sous le régime de la LACC et dans toute négociation collective qui a lieu pendant la procédure.

Deuxièmement, il permet au syndicat de demander conseil et de se préparer de manière à s'acquitter au mieux de ses obligations légales à l'égard de ses membres. Les syndicats connaissent souvent bien le secteur d'activité dans lequel ils représentent des employés et ils peuvent sans doute aider l'entreprise à décider de la meilleure voie à suivre.

Troisièmement, lorsqu'un débiteur ne donne pas à un syndicat un préavis suffisant et manque à son obligation d'agir de bonne foi, le syndicat pourra former un recours auprès du tribunal qui a délivré l'ordonnance initiale. Par exemple, le syndicat pourra demander une ordonnance exigeant un certain préavis à l'avenir ou une levée partielle de la suspension afin de régler des griefs ou d'autres questions dont le règlement a été compromis par l'absence de préavis.

Bien qu'un préavis soit raisonnable, nous n'avons pas connaissance de cas où cet argument a été retenu en dehors du contexte de l'obligation fiduciaire (prestations de retraite). En même temps, l'obligation légale de bonne foi correspond à une codification récente et il est difficile de prédire comment elle sera interprétée et appliquée dans des affaires futures. Même s'il semble improbable qu'elle évolue en une sorte d'obligation absolue en faveur des intérêts des employés, il est possible que, dans la bonne situation, elle apporte un appui à une opposition distincte à la procédure sous le régime de la LACC.

⁸⁴ *Sun Indalex Finance, LLC v United Steelworkers*, 2013 CSC 6 aux para. 72-73, 212-19, 275-76.

C. Compétence exclusive en matière d'arbitrage

La procédure sous le régime de la LACC est-elle la procédure souhaitable?

Enfin, dans des affaires précédentes, les agents négociateurs ont contesté (sans succès) l'applicabilité de la procédure sous le régime de la LACC au motif que les arbitres du travail ont compétence exclusive ou privilégiée pour résoudre les problèmes de relations de travail découlant d'une convention collective. Les tribunaux de la LACC n'acceptent pas cet argument pour deux raisons : premièrement, certains intervenants (peut-être nécessaires) ne relèvent pas de la compétence des relations de travail et, deuxièmement, en tout cas, la procédure fédérale sous le régime de la LACC l'emporte sur le droit du travail provincial⁸⁵.

La Cour suprême a confirmé à plusieurs reprises que les arbitres du travail ont généralement compétence exclusive dans les différends découlant explicitement ou implicitement d'une convention collective⁸⁶. En dehors du contexte de la LACC, cela signifie que les syndicats ne peuvent présenter de réclamations liées à l'emploi que dans le cadre de l'arbitrage de griefs, sauf si une autre loi accorde la compétence exclusive ou concurrente à un autre tribunal. Cela peut comprendre les violations présumées des lois relatives à l'emploi (p. ex. les lois sur les droits de la personne), la common law (p. ex. les réclamations en responsabilité civile délictuelle) et même la

Charte canadienne des droits et libertés.

[L]es tribunaux et les juristes sont susceptibles de penser que les procédures sous son régime l'emportent [...]

Du point de vue de la LACC, les tribunaux et les juristes sont susceptibles de penser que les procédures sous son régime l'emportent sur toutes les autres et de considérer

⁸⁵ La LACC peut également l'emporter sur d'autres lois fédérales, dont les lois fédérales sur le travail : voir, par exemple, *Hongkong Bank of Canada v Chef Ready Foods*, 1990 CanLII 529 (BC CA) (confirmant qu'une suspension de la procédure sous le régime de la LACC interdit la réalisation d'une sûreté en vertu de la *Loi sur les banques*, loi fédérale).

⁸⁶ Voir, par exemple, *Weber c. Ontario Hydro*, 1995 CanLII 108 (CSC); *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19; *Office régional de la santé du Nord c. Horrocks*, 2021 CSC 42.

que la suspension est opposable à toute autre procédure. À bien des égards, les décisions judiciaires leur donnent raison. La question demeure quant à savoir si une suspension de la procédure est opposable à certaines procédures devant la Commission des relations de travail, mais à titre indicatif, dans la mesure où une autre procédure a une incidence économique sur les parties prenantes d'une procédure sous le régime de la LACC, elle sera suspendue⁸⁷.

Dans l'affaire *Stelco*, le syndicat s'opposait à la prolongation de la suspension au motif que les parties devraient négocier en vertu de la *Loi sur les relations de travail* (« **LRT** »), plutôt que de la LACC, et qu'autrement, [traduction] « le droit du travail est remplacé par le droit en matière d'insolvabilité⁸⁸ ». Le tribunal a rejeté cet argument, expliquant qu'en raison de la grande interdépendance entre les questions relatives à l'emploi et autres questions financières dans une société, les négociations multilatérales générales dans le cadre d'une procédure sous le régime de la LACC – qui comprenaient également les créanciers autres que les employés – étaient préférables à des négociations avec le seul syndicat⁸⁹ :

[Traduction]

[...] Il serait préférable de prendre du recul par rapport aux questions et de comprendre qu'il existe une (grande) interdépendance et que, par conséquent, ce qui se passe dans une partie de la relation influe de manière interne et externe sur cette relation et sur les relations externes. Je souligne donc que les pourparlers multilatéraux ont l'avantage de permettre à toutes les parties intéressées d'être en contact direct les unes avec les autres, ce qui favorisera probablement une meilleure communication, encouragera un véritable dialogue et évitera des erreurs et des malentendus. Je reconnais qu'en théorie, il est possible pour un syndicat de négocier exclusivement avec un demandeur, puis que le demandeur négocie avec les autres parties intéressées/intervenants et, ce faisant, serve d'intermédiaire pour les points de vue du syndicat. Je dois toutefois dire que je ne pense pas qu'un tel arrangement soit généralement très efficace.

⁸⁷ Voir, par exemple, *Sears Canada Inc. v International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213*, 2017 CanLII 69395 (BC LRB) (où la Commission des relations de travail de la Colombie-Britannique a conclu que sa procédure était visée par l'exception à une suspension pour [traduction] « les enquêtes, les mesures, les poursuites ou les procédures d'un organisme de réglementation » en vertu de l'article 11.1 de la LACC); *Romspen Investment Corp. v Courtice Auto Wreckers Ltd.*, 2017 ONCA 301, refus de l'autorisation d'appel, 2018 CanLII 11140 (CSC) (où la Cour a accueilli une requête en certification afin d'intenter une action contre une entreprise insolvable qui faisait l'objet d'une suspension de procédure en vertu d'une ordonnance de mise sous séquestre).

⁸⁸ *Stelco*, précité à la note 5 au para. 3.

⁸⁹ *Ibid.*

Il semble donc qu'un tribunal pourrait considérer qu'un processus de restructuration interne est trop restreint pour régler des questions financières complexes majeures, surtout une fois qu'interviennent les discussions avec les créanciers et que l'entreprise dépose une procédure sous le régime de la LACC.

[U]n tribunal pourrait considérer qu'un processus de restructuration interne est trop restreint [...]

Plus explicitement, dans la restructuration en 2016 d'Essar Steel Algoma, l'entreprise a demandé l'approbation d'une procédure d'arbitrage accéléré afin de régler un arriéré de plus de 3 000 griefs⁹⁰. Le syndicat a fait valoir que la compétence exclusive des arbitres dans l'arbitrage des griefs en vertu de la LRT s'appliquait aux cas d'insolvabilité en vertu de la LACC⁹¹. Le tribunal a rejeté cet argument au motif que la LACC l'emporte sur la LRT et qu'une procédure d'arbitrage accéléré était nécessaire à la restructuration. Il a également rejeté l'argument selon lequel la suspension de griefs présentés en vertu d'une convention collective portait atteinte aux droits d'association aux termes de l'alinéa 2d) de la *Charte* parce que la proposition ne représentait pas une entrave substantielle à la négociation collective⁹².

En revanche, après la fin d'une procédure sous le régime de la LACC, les syndicats peuvent de nouveau être limités à régler les questions relatives à l'emploi (comme de futurs salaires et prestations de retraite) par la procédure de grief et d'arbitrage⁹³.

[M]ême s'il n'existe toujours pas de précédent direct [...] un argument selon lequel l'autre procédure est la bonne instance ne serait [sans doute] pas retenu.

Si l'argument de la compétence a été présenté dans le contexte d'une restructuration commerciale, l'argument parallèle n'a pas été examiné par les tribunaux dans le contexte de la procédure d'une université sous le régime de la LACC lorsqu'il existe un autre processus

⁹⁰ *Essar Steel Algoma Inc.*, 2016 ONSC 1802 aux para. 31-35, refus de l'autorisation d'appel, 2016 ONCA 274.

⁹¹ *Ibid* aux para. 31-35.

⁹² *Ibid* aux para. 22-29.

⁹³ Voir, par exemple *Air Canada Pilots Association v Air Canada Ace Aviation Holdings Inc.*, 2007 CanLII 337 (C. sup. Ont.) au para. 84.

de restructuration (p. ex. les dispositions d'une convention collective relatives aux situations financières critiques, analysées plus en détail au chapitre 6). Selon nous, même s'il n'existe toujours pas de précédent direct dans le contexte d'une université publique, les décisions susmentionnées donnent à penser qu'un argument selon lequel l'autre procédure est la bonne instance ne serait pas retenu.

D'autres aspects de la procédure sous le régime de la LACC méritent d'être examinés, car ils peuvent éclairer les arguments que nous venons de passer en revue. L'Université Laurentienne présentait plusieurs de ces aspects.

Dans une « procédure d'insolvabilité idéale », toutes les parties participent au processus de négociation et les compromis qui en résultent sont jugés acceptables par tous (ou du moins par une large majorité), étant donné les solutions de rechange. Cependant, les organisations syndicales ont toujours considéré avec méfiance la procédure sous le régime de la LACC à cause des asymétries de pouvoir et d'information, y compris l'influence démesurée des créanciers garantis, et le ciblage des intérêts des employés pour des compromis ne s'appliquant pas aux autres créanciers. Dans le cas de l'Université Laurentienne, ces craintes se sont révélées fondées dans la mesure où il semble qu'il y ait eu un exercice mené sous pression et dans un temps limité pour arriver à des mises à pied principalement sur le critère des inscriptions universitaires.

Dans la demande qu'elle a déposée, l'Université Laurentienne déclarait que plusieurs

[L]a procédure sous le régime de la LACC est utilisée au lieu des procédures de négociation collective en vertu de la réglementation provinciale [...]

« problèmes structurels » causaient des difficultés financières et devaient [traduction] « être résolus pour garantir la stabilité à long terme⁹⁴ ». Notamment, les dispositions de la convention collective de l'APPUL étaient [traduction] « supérieures à celles du marché », situation qu'exacerbaient les relations de travail précaires entre les parties. La demande mentionnait

⁹⁴ Laurentian University of Sudbury, 2021 ONSC 659 aux para. 22-24.

également la nécessité de restructurer les programmes d'études et le modèle des universités fédérées. Autrement dit, les justifications du dépôt d'une procédure sous le régime de la LACC concernaient dans une large mesure les relations de travail ou des questions académiques, ainsi que la nécessité de trouver des possibilités de génération future de revenus et de régler la question de l'endettement courant et à long terme. Le tribunal a chargé un médiateur de superviser la négociation d'une nouvelle convention collective entre l'université et les syndicats. En mai 2021, le tribunal a approuvé des listes de conditions sur lesquelles reposaient les nouvelles ententes (et qui devraient permettre à l'université de réaliser des économies annuelles de 30,3 à 33,5 M\$), les questions non résolues devant être tranchées par un arbitrage ayant force obligatoire⁹⁵. À ce jour, ce sont les employés qui font les frais des réductions, plutôt que d'autres créanciers. Il a été dit que ces réductions sont supérieures à ce qui était nécessaire pour combler les déficits de l'Université Laurentienne, surtout qu'un grand nombre d'employés de l'administration qui avaient été mis à pied ont depuis été rappelés⁹⁶. Il en résulte que la procédure sous le régime de la LACC est utilisée au lieu des procédures de négociation collective en vertu de la réglementation provinciale et au lieu d'une « défédéralisation » ordonnée des universités apparentées qui vont peut-être maintenant faire face à leurs propres crises financières.

D. Conclusion

Jusqu'ici, toutes les oppositions ci-dessus à l'application de la LACC ont été rejetées. Selon nous, il est peu probable qu'elles aboutissent à l'avenir, même s'il existe des justifications logiques en matière de politique publique pour exclure de la LACC les établissements financés par des deniers publics. Plus particulièrement, les tribunaux

⁹⁵ *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 3545. Pour la sentence arbitrale de juin 2021 réglant les dernières dispositions de la nouvelle convention collective de l'APPUL, voir *Laurentian University v Laurentian University Faculty Association*, 2021 CanLII 53318 (arbitre : Kaplan).

⁹⁶ Voir Alex Usher, « Laurentian Blues (7) – The Process », *Higher Education Strategy Associates*, 13 avril 2021, en ligne : <higherstrategy.com/laurentian-blues-7-the-process/>; Ernst & Young, « Third Report of the Monitor », 26 avril 2021, à 21, en ligne (pdf) : <documentcentre.ey.com/api/Document/download?docId=33498&language=EN>; Erik White, « 'The best word to describe it is strange': financial crisis looms over Laurentian University this fall », *CBC News*, 6 décembre 2021, en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/laurentian-university-campus-atmosphere-insolvency-financial-crisis-1.6267660>.

estiment que le financement public et les mandats d'intérêt public des compagnies débitrices ne constituent pas des motifs suffisamment convaincants pour rejeter une application de la LACC. Ils ont aussi adopté une définition très large de l'insolvabilité qui ne prend pas en compte le rôle d'un financement public potentiel (ou la solvabilité du gouvernement lui-même). Le rôle accepté de l'intérêt personnel dans un processus commercial signifie que les oppositions fondées sur la mauvaise foi ou des objectifs inappropriés doivent satisfaire à une norme de preuve élevée. En outre, il n'existe pas suffisamment d'autres instances pour que la LACC n'offre plus le cadre privilégié pour une restructuration qui, dans tous les cas, est constitutionnellement primordiale lorsque l'autre instance relève de la compétence provinciale.

En même temps, nous avons bien quelques exemples où sont examinés des arguments détaillés reposant sur le rôle du gouvernement et du mandat public de la compagnie débitrice, par opposition à une insolvabilité commerciale classique. Ces arguments devraient encore être avancés lorsque les faits sont favorables à de telles oppositions, ce qui ne peut être déterminé que cas par cas. Soulever ces questions dans une procédure judiciaire peut aider à informer le tribunal au sujet des questions importantes et permettre d'influer sur la procédure et les négociations sous le régime de la LACC.

L'utilisation de la LACC pour atteindre des objectifs en matière de restructuration des effectifs séparément de la restructuration des réclamations d'autres créanciers est une des conséquences sans doute inattendues de cette tendance. Bien qu'il soit difficile de la contester aux termes mêmes de la LACC – en partie en raison de la manière dont la participation à la procédure sous le régime de la LACC est séquencée par type de créancier –, cette méthode donne à penser que la LACC peut être utilisée pour cibler une restructuration des relations de travail et l'obtenir, tout en n'exigeant pas nécessairement de concessions d'autres créanciers plus importants (garantis).

*[L]a LACC peut être
utilisée pour cibler une
restructuration des
relations de travail et
l'obtenir [...]*

La procédure sous le régime de la LACC présente une deuxième difficulté qui est de caractériser la nature du financement public d'une compagnie débitrice. Comme l'explique le chapitre suivant, ce financement est fourni aux universités de l'Ontario en vertu d'ententes de mandat stratégiques. Cependant, ce n'est pas comme le financement par emprunt ou d'autres dettes dans l'insolvabilité (comme les sommes dues aux employés pour services rendus). En théorie, il pourrait être qualifié de dette non garantie pour services non rendus ou de revenus futurs éventuels venant d'un consommateur important de services universitaires (c.-à-d. le public représenté par l'État). Le statut d'intervenant du gouvernement est pertinent non seulement pour la définition de l'insolvabilité et pour l'application initiale de la LACC, mais aussi pour l'approbation subséquente de tout plan d'arrangement et pour la sortie de la procédure sous le régime de la LACC. Les limites importantes à l'opposition à la LACC laissent supposer que la réforme du droit en matière d'insolvabilité doit prendre en compte les caractéristiques particulières d'entités recevant des fonds publics, comme les universités. Le chapitre suivant porte sur certaines caractéristiques particulières qui sont actuellement envisagées dans les modes de restructuration universitaire existants ou potentiels, ce qui devrait, selon nous, éclairer de futures propositions de réforme du droit.

Points à retenir

- 1. Les tribunaux accueillent les demandes d'ordonnance au titre de la LACC de sociétés sans but lucratif, d'universités financées par des fonds privés et d'universités financées par les deniers publics.*
- 2. Il est peu probable que les arguments de politique relatifs au rôle approprié des bailleurs de fonds publics persuadent les tribunaux de la LACC.*
- 3. Il est difficile de prouver qu'une compagnie débitrice agit de mauvaise foi ou abuse de la procédure sous le régime de la LACC sans preuve très manifeste d'un comportement inapproprié.*
- 4. La LACC l'emporte sur les lois fédérales et provinciales en matière de relations de travail.*
- 5. Concrètement, une demande pour être placé sous le régime de la LACC peut être utilisée pour restructurer le coût de la main-d'œuvre en dehors des régimes de relations de travail existants.*

VI. Restructuration des universités publiques en Ontario

Résumé

Beaucoup d'associations de personnel académique ont dans leurs conventions collectives des dispositions relatives aux situations de nécessité financière qui pourraient et devraient servir aux fins de la restructuration d'une université. L'Université Laurentienne a évité d'y recourir. Les dispositions relatives aux situations de nécessité financière contiennent des principes qui devraient sous-tendre tout processus de restructuration universitaire, dont la primauté du mandat académique; l'alerte rapide et la transparence; l'examen approfondi de toutes les autres économies et sources de revenus; des rôles clairement définis pour le sénat, le conseil des gouverneurs, les cadres supérieurs et les groupes d'employés; et un processus méthodique pour définir les réductions d'effectif volontaires et involontaires. L'ACPPU ou d'autres organismes devraient rédiger un code modèle actualisé des situations de nécessité financière qui puisse servir d'outil pour l'élaboration de politiques et pour une défense des intérêts fondée sur ces principes. Les ententes de financement actuelles ne parlent pas d'urgences financières et il n'existe guère de pouvoirs législatifs explicites pour intervenir dans les universités ontariennes. Un examen de pays comparables révèle qu'en plus de la restructuration commerciale, il existe d'autres pouvoirs législatifs et des procédures, y compris le financement d'urgence et provisoire, qui pourraient être adoptés au Canada pour faciliter des restructurations universitaires méthodiques.

L'intérêt de l'université du point de vue de l'utilité publique cadre mal avec le cadre commercial lucratif qui guide d'ordinaire les procédures sous le

[L]a LACC est muette sur son applicabilité à des institutions publiques [...]

régime de la LACC. Comme nous l'avons vu dans les chapitres précédents, la LACC est muette sur son applicabilité à des organisations subventionnées par l'État. En fait, elle exclut (ou excluait auparavant) de son champ d'application les organisations dont la restructuration méthodique (quelle qu'en soit la définition) est nettement dans l'intérêt public, comme les sociétés ferroviaires et les compagnies de télégraphe¹. De fait, la tendance du gouvernement dans le passé (p. ex. pendant la crise de 1929) était

¹ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C., 1985, ch. C-36, para. 2(1), « compagnie » [LACC]; Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A History of the Companies' Creditors Arrangement Act*, Toronto, University of Toronto Press, 2020, p. 136.

d'intervenir directement, de restructurer, de subventionner ou de renflouer des institutions et des entreprises présentant un intérêt public important, y compris des municipalités, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et Algoma Steel².

Comme l'explique la professeure Torrie, l'intérêt public de ces institutions était trop grand pour laisser les calculs financiers de créanciers dans des procédures en cas d'insolvabilité commerciale décider de leur sort³.

Cependant, le silence de la LACC sur la question des institutions publiques n'est pas neutre. L'absence d'interdiction faite à une université publique, ou à toute organisation du secteur public, de déposer une procédure sous le régime de la LACC signifie qu'elle peut être utilisée pour restructurer ce type d'entité. Cela signifie aussi que la restructuration se fera sur la base de l'insolvabilité en règle générale, au lieu de suivre un processus modifié prenant en compte la nature particulière d'une université en tant qu'institution publique.

*L'insolvabilité de l'Université
Laurentienne [...] fait
ressortir des tensions
critiques.*

L'insolvabilité de l'Université Laurentienne – la première d'une université publique au Canada – fait ressortir des tensions critiques entre les organisations financées par des fonds publics et le droit en matière d'insolvabilité commerciale. Ces tensions, qui sont particulièrement exacerbées par les expériences en période de COVID-19, peuvent devenir encore plus pertinentes à l'avenir⁴.

² Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law*, précité à la note 1, p. 57-58. Voir, par exemple, *Ladore v Bennett*, [1939] AC 468 (PC), portant sur la fusion de quatre municipalités ontariennes due à des problèmes budgétaires. Voir aussi Mandy Belford, « The Forgotten History of Provincial Insolvencies in Canada », 2020, 35 BFLR 523.

³ *Ibid.*

⁴ Voir, par exemple les difficultés budgétaires de nombreuses municipalités canadiennes pendant la pandémie : Carter McCormack, *Répercussions économiques de la pandémie de COVID-19 dans les provinces et les territoires*, Une série de présentations de Statistique Canada sur l'économie, l'environnement et la société, n° 2, 2021, en ligne : <www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-631-x/11-631-x2021002-fra.htm>; Alex Kotsopoulos, « How the pandemic has hurt the finances of municipalities »,

Nous devons faire une observation préliminaire sur les causes des crises de liquidité à l'Université Laurentienne et dans le secteur universitaire. Les raisons des problèmes financiers des universités varient d'un établissement à l'autre au Canada et ailleurs, mais il semble évident que des pressions financières généralisées et croissantes ont été exacerbées par la pandémie. Ces pressions comprennent un financement public limité ou en baisse, une dépendance accrue envers les droits de scolarité dans le secteur privé – qui, au Canada, renvoie surtout à des programmes professionnels déréglementés et aux droits de scolarité des étudiants étrangers – et une importance croissante accordée à des programmes « entrepreneuriaux » axés sur le marché débouchant, par exemple, sur des microcertifications. Il ne fait aucun doute que d'autres pressions et d'autres considérations influent sur le financement du secteur universitaire. L'évaluation détaillée de ces tendances du financement et des moteurs des crises de liquidité à court et à long terme dépasse le cadre de ce rapport, mais tout effort sérieux de réforme du droit de l'ampleur dont nous discutons dans le présent chapitre et dans le suivant devrait prendre ces tendances en considération.

Ce chapitre analyse les modalités existantes et traditionnelles qui sont disponibles pour restructurer les universités ontariennes. Un examen des méthodes « pré-laurentiennes » utilisées pour remédier aux difficultés financières dans ce secteur révèle des procédures très différentes d'une procédure sous le régime de la LACC. Des questions légitimes ont été soulevées dans le processus de l'Université Laurentienne pour demander pourquoi ces modalités existantes n'avaient pas été employées, au lieu d'un dépôt de procédure sous le régime de la LACC. Il n'a pas été répondu à ces questions ou les réponses n'ont pas convaincu nombre de créanciers.

[C]es processus [...] guident dans la restructuration d'une façon conforme à la nature particulière d'un établissement d'enseignement financé par les deniers publics [...]

16 avril 2021, en ligne : RSM Canada <rsmcanada.com/our-insights/the-real-economy/the-real-economy-canada-volume-9/how-the-pandemic-has-hurt-the-finances-of-municipalities.html>.

La section A porte sur la principale méthode préexistante de restructuration universitaire, à savoir la déclaration de « situation de nécessité financière ». Il s'agit d'un processus créé dans le cadre de la négociation collective qui permet à une université de procéder à des réductions budgétaires, à des changements aux programmes et à la mise à pied de membres du personnel académique (permanents et contractuels) dans des situations où elle peut prouver sa bonne foi et des difficultés financières persistantes⁵. Bien qu'il ait rarement été recouru à ces processus, et que l'administration les ait délibérément évités dans le cas de l'Université Laurentienne, ils établissent des principes importants censés guider dans la restructuration d'une façon conforme à la nature particulière d'un établissement d'enseignement financé par les deniers publics.

Ces principes incluent la préservation de la mission universitaire, la consultation des membres du personnel académique et des bailleurs de fonds publics, la justification et la transparence du processus décisionnel, et le respect du pouvoir légal du sénat de l'université. Chose intéressante, dans la procédure de l'Université Laurentienne supervisée par le tribunal, bon nombre des principes qui étaient les objectifs déclarés de la restructuration apparaissent aussi dans les processus relatifs aux situations de nécessité financière. La différence était qu'ils ont été mis en œuvre dans une procédure sous le régime de la LACC où manquaient la plupart des mécanismes de contrôle que prévoient les procédures en cas de nécessité financière.

[U]ne modification législative serait nécessaire et souhaitable afin de prévoir certaines formes de mesures gouvernementales [...]

La section B examine d'autres méthodes standard ou spéciales que peut, en théorie, utiliser la province pour restructurer une université, y compris les modalités des ententes de mandat stratégiques et les pouvoirs du ministre des Collèges et Universités (« le

⁵ Toutes les associations de personnel académique ne sont pas des syndicats accrédités avec des conventions collectives, mais nous supposons, aux fins de ce rapport, qu'elles sont toutes des agents négociateurs dans le cadre d'ententes de reconnaissance volontaire, d'une certification provinciale ou d'une structure équivalente.

ministre ») en vertu de la *Loi sur le ministère de la Formation et des Collèges et Universités*. Les anciennes ententes ne parlent pas directement (ou pas du tout) des conséquences des situations de nécessité financière, et les pouvoirs légaux actuels sont étonnamment minces en ce qui concerne les difficultés financières des universités en comparaison, par exemple, des collèges ou des conseils scolaires. Cela donne à penser qu'une modification législative serait nécessaire et souhaitable afin de prévoir certaines formes de mesures gouvernementales, y compris un processus officiel pour offrir un financement provisoire, un rôle dans la supervision d'une restructuration, ou même une intervention directe.

Enfin, la section C passe en revue l'expérience en matière d'insolvabilité d'universités dans trois autres pays : les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie. Dans chacun, des questions similaires sur les modalités de restructuration appropriées pour les universités, de même que pour les organisations du secteur parapublic, sont posées. Le secteur postsecondaire américain fonctionne dans des conditions très différentes, mais le Royaume-Uni et l'Australie ont défini (ou définissent) des régimes de restructuration universitaire plus systématiques, aujourd'hui inexistants dans le contexte canadien.

A. Procédures relatives aux situations de nécessité financière

Beaucoup de conventions collectives d'associations de personnel académique contiennent des dispositions négociées qui envisagent la restructuration totale ou partielle d'une université. Ces dispositions sont habituellement appelées « modalités relatives aux situations de nécessité financière⁶ ». Avant la procédure de l'Université Laurentienne sous le régime de la LACC, elles étaient les principales sources de procédures contractuelles et négociées qu'une administration universitaire (c.-à-d. le

⁶ Certaines conventions utilisent peut-être un libellé différent ou supplémentaire et parlent de « nécessité », de « restrictions » ou d'« urgence » financières. Voir également, ci-dessous, l'analyse de la distinction entre la situation financière critique et les programmes excédentaires.

conseil des gouverneurs) pouvait déclencher pour restructurer des programmes d'études⁷.

Dans la présente section, nous examinons principalement des exemples de procédures dans des situations de nécessité financière venant d'universités ontariennes. L'annexe D contient des exemples de dispositions tirés de plusieurs conventions collectives. Dans notre examen des modalités maintenues par l'ACPPU et d'autres, nous estimons que ces exemples sont généralement conformes à ceux trouvés dans l'ensemble du Canada⁸.

L'exemple le plus pertinent est celui de l'Association des professeures et professeurs de l'Université Laurentienne (« **APPUL** »). Comme d'autres, l'article 10.15 de la convention collective de l'APPUL crée une définition de l'insolvabilité ou de la nécessité financière qui doit s'appliquer pour déclencher le processus de restructuration; un organe ou un comité chargé de superviser les décisions relatives à la restructuration; un protocole de consultation et de décision pour cet organe; un ensemble de critères ou de considérations à suivre dans la prise de décisions; et une procédure de résolution des différends (figure 1).

[une situation de nécessité financière] décrit une procédure de restructuration universitaire interne qui [...] est comparable [...] à n'importe quel processus d'insolvabilité ou de restructuration.

En bref, « une situation de nécessité financière » décrit une procédure de restructuration universitaire interne qui, de manière générale, est comparable à une procédure sous le régime de la LACC ou à n'importe quel processus d'insolvabilité ou de restructuration. En fait, dans le cas de l'Université Laurentienne, le tribunal a statué qu'une ordonnance prise en vertu de la LACC permettant à l'université de licencier ou mettre

temporairement à pied des employés, si elle le jugeait approprié, accompagnait les

⁷ Les universités peuvent être en mesure de restructurer des services accessoires qui n'ont pas d'incidence directe sur les programmes d'études sans recourir à ces procédures.

⁸ Dans les petits établissements, les conventions peuvent contenir des protections procédurales moins solides : voir, par exemple, la convention collective de l'Athabasca University Faculty Association (1^{er} juillet 2018-30 juin 2020), art. 12.1.

modalités de la situation de nécessité s'appliquant aux membres du personnel académique permanents et le pouvoir du conseil de faire une telle déclaration en raison de difficultés financières⁹.

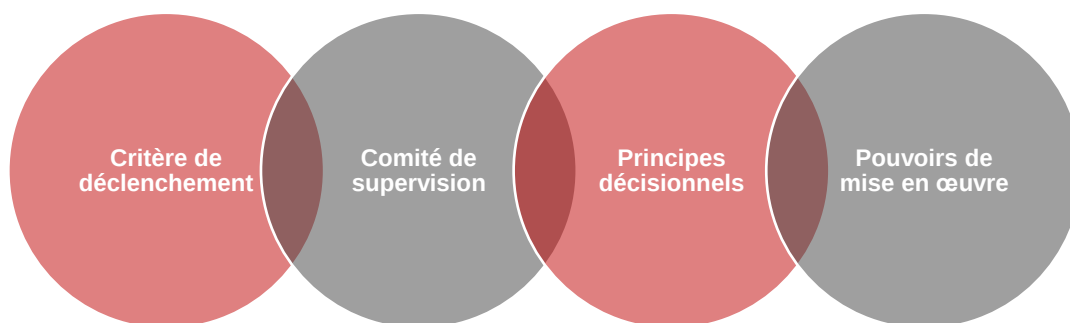


Figure 1 : Éléments d'une procédure en cas de situation de nécessité financière

Cependant, la définition, le processus et les critères à prendre en considération diffèrent de ceux de la procédure en cas d'insolvabilité commerciale de façons parfois importantes. Par exemple, l'article 10.15.1 reconnaît l'importance primordiale des priorités académiques de l'établissement, y compris la qualité de l'enseignement, la recherche et la liberté académique. Aux termes de l'article 10.15.3, les réductions de personnel académique ne peuvent se produire que dans des circonstances extraordinaires après que des mesures ont été prises pour réaliser des économies dans d'autres postes budgétaires et que [traduction] « tous les moyens raisonnables d'améliorer les revenus de l'université ont été épuisés ».

Il faut également faire la distinction entre une situation de nécessité financière et des programmes excédentaires. Dans ce dernier cas, un critère différent s'applique normalement, comme la fin, la réduction ou la restructuration d'un programme d'études en raison de changements dans les priorités académiques ou dans les tendances en matière d'inscriptions (plutôt qu'une situation financière générale de l'université). La

⁹ *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 1098 aux para. 62-65 [*Laurentian CCAA Comeback Decision*].

disponibilité de ressources influe nécessairement sur ces décisions, mais la question est de savoir si la principale motivation du changement, c'est la nécessité financière ou les priorités académiques¹⁰. En vertu de l'article 10.10 de la convention de l'APPUL, un programme peut être déclaré excédentaire par une résolution du sénat ou du conseil des gouverneurs, tandis que la situation de nécessité financière le sera par le conseil des gouverneurs.

Les sous-sections suivantes portent sur chacun des quatre éléments de la situation de nécessité financière.

Critère de déclenchement

Le premier élément clé du processus de restructuration comprend la définition d'une « situation de nécessité financière », autrement dit, la question suivante : quel ensemble de conditions doit être réuni pour déclencher le processus?

[L]a situation de nécessité financière est définie [...] comme étant une situation de « déficits substantiels et répétés qui menacent la solvabilité à long terme de l'Université dans son ensemble ».

Dans le cas de la convention collective de l'APPUL, la situation de nécessité financière est définie à l'article 10.15.2 comme étant une situation de « déficits substantiels et répétés qui menacent la solvabilité à long terme de l'Université dans son ensemble ». Lorsque l'on compare le processus en cas de situation de nécessité financière et le

processus sous le régime de la LACC, c'est l'équivalent fonctionnel du critère en matière de solvabilité aux termes de la LACC. Il s'agit d'une analyse factuelle, mais certaines conventions collectives mentionnent peut-être une période minimale où des déficits sont enregistrés (deux ou trois ans dans de nombreux cas).

¹⁰ Voir, par exemple, *Dalhousie University v Dalhousie Faculty Assn.*, 1994 CanLII 17842 (Arbitre : Soberman); *Brandon University Faculty Association v Brandon University (BUNTEP Program Grievance)*, [2009] MGAD n° 19 (Arbitre : Gibson) aux para. 146-147. Mais voir *Governors of the University of Alberta v Association of the Academic Staff of the University of Alberta*, 1988 CanLII 8837 (arbitre : Wakeling) au para. 4 [*University of Alberta*], où l'arbitre s'en est remis à la décision de l'université selon laquelle elle ne se trouvait pas dans une situation financière critique, mais avait, en fait, éliminé un poste devenu excédentaire.

Le conseil des gouverneurs déclare une situation de nécessité financière et en avise l'association en vertu de l'article 10.15.5, ce qui déclenche un arrêt automatique des embauches et une obligation de communiquer la documentation financière pertinente. Dans le cas de l'Université Laurentienne, il semble évident de dire qu'il est ou qu'il aurait été satisfait au critère, même si le conseil des gouverneurs a décidé de ne pas déclarer de situation de nécessité financière.

Le refus de l'administration de recourir aux procédures de situation de nécessité financière, malgré deux tentatives préalables de l'APPUL de les déclencher, a suscité des spéculations¹¹. L'explication serait, entre autres, que les procédures prennent trop de temps¹². C'était peut-être une crainte valide avant le 1^{er} février 2021, mais ce n'est pas un argument solide lorsque des groupes d'employés ont cherché à déclencher deux fois le processus au cours des quatre années précédentes et que l'université semble avoir enregistré des déficits pendant 10 ans avant le dépôt d'une procédure. Certains craignaient aussi que les procédures négociées ne permettent pas d'arriver à des réductions de dépenses suffisantes ou de cibler les employés et programmes que l'administration estimait nécessaire de réduire (comme les membres du personnel académique aux échelons les plus élevés)¹³. C'est hypothétique dans la mesure où l'on n'a jamais même cherché à apporter ou à proposer des changements dans le cadre des procédures existantes en matière de situation de nécessité financière. Cependant, cela montre aussi que l'administration a cherché à éviter les procédures de restructuration

*[...] l'administration a
cherché à éviter les
procédures de
restructuration négociées,
leur préférant un processus
où elle avait plus de
pouvoir d'arriver à ses fins.*

¹¹ *Laurentian University of Sudbury*, affidavit de Fabrice Colin (sous serment le 25 mars 2021) au para. 90, en ligne : <documentcentre.ey.com/api/Document/download?docId=33203&language=EN> : [traduction] « En réponse aux affirmations de difficultés financières de l'université, l'APPUL a pris la mesure inhabituelle de déposer deux griefs séparés (en 2017 et 2020) demandant que l'université déclenche l'application des dispositions de la convention collective relatives aux situations financières critiques. L'université a rejeté les deux griefs et donc nié l'existence d'une situation financière critique. Ces griefs faisaient partie de griefs non réglés au 1^{er} février 2021. »

¹² Alex Usher, « Laurentian Blues (7) – The Process », *Higher Education Strategy Associates*, 13 avril 2021, en ligne : <higherstrategy.com/laurentian-blues-7-the-process/>.

¹³ *Ibid*; Douglas Goldsack, « Decades of questionable decisions led Laurentian University into this mess », *Sudbury.com*, 26 novembre 2021, en ligne : <www.sudbury.com/columns/guest-columns/opinion-decades-of-questionable-decisions-led-laurentian-university-into-this-mess-4802498>.

négociées, leur préférant un processus où elle avait plus de pouvoir d'arriver à ses fins. Sous cet angle, il est étrange de voir ensuite l'administration et le tribunal s'appuyer sur le contenu de ces conditions négociées pour justifier la procédure sous le régime de la LACC¹⁴.

En tout cas, en déposant une demande de procédure sous le régime de la LACC, le conseil croyait manifestement que la solvabilité à long terme de l'établissement était menacée. D'après les documents du dépôt de procédure, l'Université Laurentienne enregistrait depuis plusieurs années des déficits de fonctionnement récurrents atteignant des millions de dollars par an, pour arriver à un déficit de fonctionnement accumulé avoisinant les 20 M\$ à la fin de l'exercice 2019-2020, avec un déficit supplémentaire prévu de 5,6 M\$ pour l'exercice 2020-2021¹⁵. Elle est allée jusqu'à affirmer que sans la protection de la LACC, elle manquerait de fonds pour couvrir la masse salariale le même mois. Le tribunal a accepté cet élément de preuve et conclu que l'Université Laurentienne était [traduction] « clairement insolvable et aux prises avec une grave crise de liquidité¹⁶ ». (Nous parlons, ci-dessous et aux chapitres 7 et 8, des incitations à retarder la divulgation de problèmes financiers importants et à mettre en œuvre des processus de restructuration.)

Le fait que l'administration n'ait pas déclenché de procédures de situation de nécessité financière amène à se demander si les « déficits importants et récurrents » qui menacent la solvabilité à long terme représentent une norme plus élevée que le critère d'insolvabilité aux termes de la LACC. La conclusion fondamentale des chapitres précédents sur le critère de la LACC est qu'il

[L]e critère d'insolvabilité [...] n'est pas facile à prédire et il y a une certaine latitude dans son application.

¹⁴ *Laurentian CCAA Comeback Decision*, précité à la note 9 aux para. 62-65.

¹⁵ *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 659 aux para. 20-21 [*Laurentian CCAA Filing Decision*]. Dans son affidavit à l'appui du dépôt de procédure, le président déclarait que l'Université Laurentienne avait fait part de sa crise de liquidité au ministre au moins un an avant le dépôt de procédure, tandis que d'après des articles de presse, l'université avait sollicité un prêt de 100 M\$ en décembre 2020 et averti le ministre de son intention de demander la protection contre ses créanciers : voir Shawn Jeffords, « Laurentian ran deficits dating back to 2014, government adviser says in report », *CBC News*, 16 février 2021, en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/laurentian-university-deficits-report-1.5915327>.

¹⁶ *Laurentian CCAA Filing Decision*, précité à la note 13 au para. 33.

n'est pas facile de le prédire et qu'il y a une certaine latitude dans son application. En pratique, il n'y a pas beaucoup d'exemples de l'interprétation ou de l'application des critères de situation financière critique, et la terminologie exacte employée varie d'une convention à l'autre. Ainsi, dans *Governors of the University of Alberta v. Association of the Academic Staff of the University of Alberta*, l'arbitre Wakeling a fait observer qu'il était difficile de définir un critère de déclenchement qui renvoie à [traduction] « des situations financières critiques qui semblent être à long terme¹⁷ ».

Les indicateurs d'une telle situation ne sont pas évidents. Existe-t-elle seulement si l'université doit cesser de fonctionner si elle ne peut pas réduire son personnel? Ou est-ce qu'elle signifie que l'université a réduit tous les postes budgétaires autres que le personnel de manière à permettre le maintien de ses fonctions les plus importantes, comme l'enseignement et la recherche[?]

Dans une affaire plus récente portant sur des dispositions semblables, l'arbitre Beattie a reconnu ceci : [traduction] « Il n'y a pas d'autorité juridique définitive qui dise où se situe la limite pour atteindre le seuil [de situation de nécessité financière]¹⁸. » De prime abord, cependant, la convention collective de l'APPUL semble fixer une norme plus élevée (ou du moins plus stricte) en la matière que les conventions de l'Alberta susmentionnées. La mention de déficits importants « récurrents » et d'une solvabilité « à long terme » laisse aussi supposer qu'il faut plus qu'une crise de liquidité à court terme, contrairement à la LACC peut-être.

Il semble évident a posteriori qu'il aurait été satisfait au critère et qu'il aurait été possible d'employer les procédures.

Toutefois, l'APPUL avait déposé en 2017 et 2020 des griefs visant à obliger l'administration à recourir à la procédure de situation de nécessité financière. Au moins aux fins de ce rapport, le critère de situation de nécessité financière trouvé dans l'exemple de l'Université Laurentienne devrait être considéré comme une décision

¹⁷ *University of Alberta*, précité à la note 10 au para. 6.

¹⁸ *Athabasca University Faculty Association v Athabasca University Board of Governors*, 2015 CanLII 154110 (arbitre : Beattie) au para. 143.

dépendant fortement du contexte qui peut s'appliquer avec une certaine souplesse. Il semble évident a posteriori qu'il aurait satisfait au critère et qu'il aurait été possible d'employer les procédures.

Nous concluons cette section par quelques hypothèses sur l'utilisation des conditions d'une situation de nécessité financière dans les conventions collectives d'associations de personnel académique. Dans bien des cas examinant les conditions et les revendications d'urgence financière, il semble y avoir une incrédulité de la part des groupes d'employés quant à la gravité de la crise financière (même si dans le cas de l'Université Laurentienne, l'APPUL a cherché à déclencher une restructuration dès 2017) ou une conviction de la part des administrateurs que même des déficits persistants seront comblés sans procédure de situation de nécessité financière. Il se peut aussi qu'il y ait une aversion administrative à l'idée de recourir à de tels processus parce qu'ils supposent de vastes protections procédurales et une réelle participation des groupes d'employés auxdits processus. Sans surprise, les universités se composent de nombreuses parties prenantes dont les intérêts concurrents ou même conflictuels peuvent limiter la coopération à cet égard. Les cas enregistrés relatifs aux conditions d'une situation de nécessité financière concernent parfois les actions unilatérales des administrateurs ou des licenciements réclamés qui – fait-on valoir – auraient dû être mis en œuvre dans le cadre du processus de situation de situation financière même.

Pour un maximum d'efficacité, il est souhaitable d'avoir accès à la vraie situation financière d'une université de façon continue, et d'avoir des voies de communication clairement établies passant par les

[Il est souhaitable d'avoir accès à la vraie situation financière d'une université de façon continue [...]]

doyens et d'autres administrateurs au sujet des tendances à court et à long terme fondées sur ces données. Cependant, cette information est souvent présentée de façon positionnelle dans la négociation collective ou à des bailleurs de fonds et des intervenants extérieurs. Il se peut qu'il y ait des incitations à diminuer l'apparence de problèmes de solvabilité ou à supposer qu'ils ne sont pas assez graves pour justifier les

dispositions relatives aux situations financières critiques. La procédure d'insolvabilité de l'Université Laurentienne contribuera peut-être à changer ces perceptions à l'avenir.

Comité de supervision

L'élément clé suivant du processus de restructuration comprend la désignation d'un groupe qui supervisera les procédures relatives à la situation de nécessité financière (restructuration), y compris une évaluation visant à établir s'il est satisfait au critère de déclenchement relatif à l'insolvabilité. Aux fins du présent rapport, nous appelons ces organes « comités de supervision », mais ils portent différents noms dans différentes conventions (voir l'annexe D). La composition de ce comité de supervision peut varier. La convention collective peut prévoir une représentation de l'association de personnel académique, un conseil des gouverneurs et/ou d'autres intervenants. Autrement, il peut utiliser un modèle de groupe d'arbitrage, à condition qu'il y ait des procédures de résolution des différends par ailleurs connues des parties. C'est le cas du modèle de l'Université Laurentienne, dont le comité de supervision porte le nom de « commission financière » et est constitué comme un conseil arbitral en vertu de la convention collective. Nous constatons qu'aucun des membres de la commission financière de l'Université Laurentienne ne peut être un représentant du gouvernement ontarien. Cela est conforme à la tradition d'autonomie universitaire et à la nature des processus dans les situations de nécessité financière comme prolongement des normes de gouvernance collégiale et des relations de travail au sein de l'établissement, plutôt qu'une restructuration imposée de l'extérieur par un gouvernement (ou par les créanciers).

[Les] décideurs [...] dans un processus relatif à la situation financière critique sont plus susceptibles de connaître les causes et conséquences d'un processus de restructuration universitaire.

En règle générale aussi, les modalités établissent les avis et les échéanciers associés au fonctionnement du comité de supervision, ainsi que la communication exigée de documents aux parties et au comité de supervision. Ainsi, aux termes de l'article 10.15.7, la commission financière de l'Université Laurentienne doit être créée dans les 15 jours suivant la déclaration de

situation de nécessité financière. La commission sollicitera des observations écrites et/ou de vive voix des parties concernées, dont l'association de personnel académique et les syndicats des employés, l'administration universitaire et l'association des étudiants (article 10.15.10). Dans les 60 jours suivant sa première réunion, elle doit publier un rapport confirmant ou rejetant la déclaration de situation de nécessité financière et, si elle est acceptée, préciser la réduction budgétaire nécessaire pour y remédier, ainsi que toute condition (article 10.15.11). Le conseil peut ensuite procéder à des réductions à concurrence de ce montant (article 10.15.12), après quoi la commission financière doit répartir la réduction entre les facultés, sous réserve d'autres règles et exigences procédurales.

Il existe de vagues parallèles entre un comité de supervision et le rôle du tribunal et du contrôleur dans une procédure sous le régime de la LACC. Dans cette dernière, le superviseur ultime du processus est le juge de la LACC, assisté en grande partie par le contrôleur qui travaille en étroite collaboration avec la compagnie débitrice. La principale différence à souligner dans la composition des organes de supervision est double : la connaissance de la loi, le financement et le contexte politique dans lequel une université fonctionne, et la connaissance des questions de relations de travail particulières à une université. Étant principalement spécialistes de l'insolvabilité commerciale, un tribunal de la LACC et un contrôleur sont susceptibles de moins connaître le secteur postsecondaire, y compris l'administration et la gouvernance, le financement et les relations de travail. Dans le mécanisme relatif aux situations de nécessité financière, il y a soit un comité de supervision sélectionné où le personnel académique est représenté, soit un mécanisme d'arbitrage par une tierce partie dont les membres seront des spécialistes de ces sujets. En bref, les décideurs prévus dans un processus relatif à la situation de nécessité financière sont plus susceptibles de connaître les causes et conséquences particulières d'un processus de restructuration universitaire et d'y être sensibles. En fait, dans la procédure de

*Étant principalement
spécialistes de
l'insolvabilité
commerciale, un
tribunal de la LACC et
un contrôleur sont
susceptibles de moins
connaître le secteur
postsecondaire [...]*

l'Université Laurentienne, certains de ces groupes ont été consultés de manière limitée, par exemple par l'intermédiaire d'un sous-comité du sénat.

Principes décisionnels

Les dispositions relatives aux situations de nécessité financière utilisent un critère financier pour déclencher le processus – comme dans une procédure sous le régime de la LACC –, mais elles comprennent souvent des principes ou des facteurs clés supplémentaires qui doivent être pris en compte dans le processus décisionnel ou qui sont même des considérations primordiales dans toute décision prise par le comité de supervision et les parties qui travaillent avec lui. Quiconque participera aux relations de travail dans le secteur universitaire connaîtra ces considérations et conditions qui représentent aussi une des nettes différences entre le processus relatif aux situations de nécessité financière et les diktats commerciaux d'une procédure sous le régime de la LACC.

Le principe fondamental est que la mission et les programmes d'études de l'université sont des considérations primordiales dans une restructuration. Il en découle trois autres principes décisionnels cruciaux : que toutes les autres

*Le principe fondamental est
que la mission et les
programmes d'études de
l'université sont des
considérations primordiales
[...]*

mesures budgétaires doivent être prises avant de licencier des membres du personnel académique, y compris obtenir des fonds publics supplémentaires; que les projections concernant les inscriptions soient conformes à tout plan; et que les réductions du nombre d'employés se fassent par une cascade ordonnée de départs volontaires et une réaffectation de la charge de travail, dans la mesure du possible (figure 2).

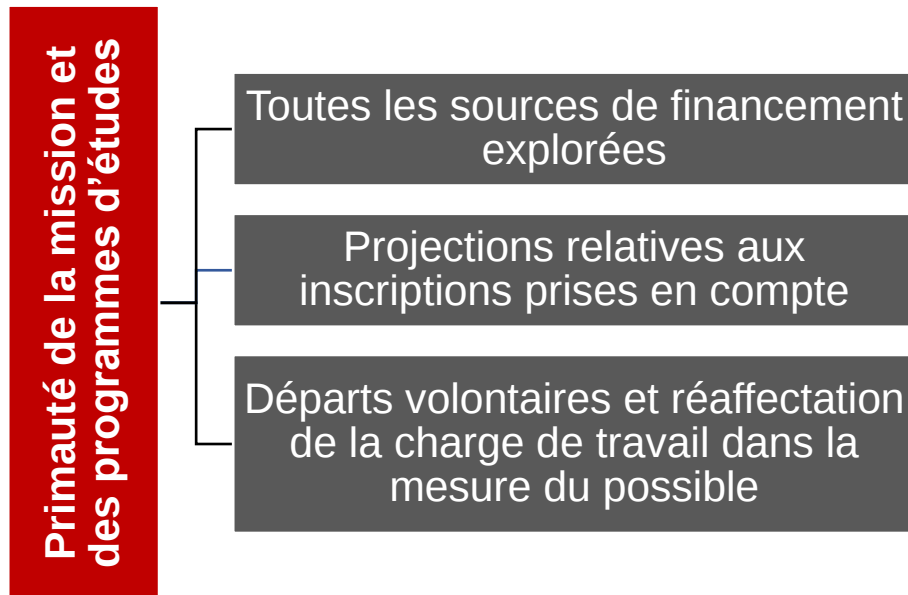


Figure 2 : Principes décisionnels dans les situations de nécessité financière

La convention collective de l'APPUL formule ces principes de plusieurs façons dans toute la section sur les situations de nécessité financière:

- La première obligation de l'université est de veiller à ce que les priorités académiques demeurent primordiales (article 10.15.1).
- La réduction du nombre d'employés est un dernier recours, après examen de tous les autres postes budgétaires et seulement une fois que tous les autres moyens raisonnables d'améliorer les revenus sont épuisés (articles 10.15.3 et 10.15.10).
- Les démarches pour obtenir des ressources financières auprès du gouvernement de l'Ontario doivent être considérées comme faisant partie de la procédure pour faire une déclaration et des recommandations de toute restructuration (article 10.15.10(e)).
- Les projections concernant les inscriptions doivent être examinées et comparées avec les réductions proposées du nombre d'employés (en l'espèce, du personnel académique) (article 10.15.10(f)).

- Tous les moyens de réduire le nombre d'employés doivent être épuisés avant de procéder à des licenciements, comme les départs à la retraite anticipée volontaire, les démissions, la réduction de la charge de travail, le redéploiement et les congés (article 10.15.10(g)).

Lorsqu'une déclaration de situation de nécessité financière est confirmée, d'autres principes guident les réductions budgétaires et les mises à pied. Par exemple, les conditions de l'Université Laurentienne sont que, dans la mesure du possible, les

[L]es conditions de l'Université Laurentienne sont que, dans la mesure du possible, les réductions budgétaires doivent être divisées proportionnellement entre les unités académiques [...]

réductions budgétaires doivent être divisées proportionnellement entre les unités académiques, à moins qu'il n'y ait une raison claire et importante de faire autrement (« claire et importante » n'est pas défini, mais la définition dépendra vraisemblablement des conclusions du rapport du comité de supervision).

Des critères sont également formulés pour déterminer l'ordre des cessations d'emploi involontaires, dont la permanence et l'ancienneté, la qualification, les antécédents de rendement, la contribution à l'université ou à la collectivité, et la possibilité d'autres postes à l'intérieur de l'université (la plupart étant conformes aux normes générales en matière de mises à pied et de restructuration interne dans des milieux de travail syndiqués). En revanche, l'approche de la restructuration de l'Université Laurentienne dans le processus sous le régime de la LACC ciblait des programmes particuliers pour lesquels [traduction] « les inscriptions étaient au plus bas », plutôt que de répartir les réductions dans toute l'université – bien qu'un comité spécial du sénat formé pour l'occasion ait eu un droit de regard limité sur les décisions relatives à la restructuration¹⁹.

Comme nous le mentionnons brièvement ci-dessus, il est parfois reproché à ces critères décisionnels de

[s]elon nous, il montre principalement qu'il est souhaitable d'être prévenu rapidement de problèmes financiers [...] et d'intervenir plus rapidement.

¹⁹ Ernst & Young, « Third Report of the Monitor », 26 avril 2021, p. 14, en ligne (pdf) : documentcentre.ey.com/api/Document/download?docId=33498&language=EN.

faire obstacle à une restructuration rapide et profonde. Ce reproche reflète une vision du processus fondée sur le marché. Encore une fois, selon nous, il montre principalement qu'il est souhaitable d'être prévenu rapidement de problèmes financiers (comme des déficits persistants qui, selon certaines informations, existaient depuis 10 ans avant le dépôt de procédure de l'Université Laurentienne) et d'intervenir plus rapidement. Ces deux étapes auraient présenté l'avantage considérable de faire participer les groupes d'employés au processus et de réduire au minimum les maux engendrés par une crise de liquidité grâce à un processus négocié et à une restructuration méthodique.

Les critères susmentionnés ne sont pas les seuls dans un processus relatif à une situation de nécessité financière. Ainsi, en vertu de l'article 24.02 de la convention collective de la York University Faculty Association (« **YUFA** ») (voir l'annexe D), un seuil très net est utilisé comme conditions aux mises à pied. Dans cet exemple, aucune mise à pied ne peut être proposée en se fondant sur la nécessité financière tant que les salaires et avantages sociaux de l'unité de négociation ne dépassent pas 39,46 % des dépenses de l'université. C'est semblable à, mais plus précis que, l'exigence, dans le cas de l'Université Laurentienne, que le comité de supervision examine la totalité du budget de l'université (et pas seulement les éléments académiques ou salariaux) pour savoir si la situation de nécessité financière est établie (article 15.10(a)).

La YUFA a aussi dans sa convention collective d'autres conditions intéressantes qui, en fait, exigent d'avertir rapidement des difficultés financières. L'article 18.28 demande à l'université d'aviser les unités académiques [traduction] « de toute proposition qui aurait des répercussions sur elles » et de leur donner une occasion raisonnable de participer au processus de planification dans le cadre de la gouvernance collégiale (de même que par respect pour le rôle du sénat). L'article 18.29 prévoit de plus que toute [traduction] « proposition de restructuration importante des facultés, des unités et des programmes et le recours aux redéploiements » doivent d'abord être communiqués à un sous-comité mixte avant mise en œuvre.

Un autre système est utilisé à l'University of Western Ontario pour régler la question des réductions. En vertu de l'article 9.2 de la convention collective de l'University of Western Ontario Faculty Association (« **UWOFA** ») (voir l'annexe D), toute mise à pied vise l'ensemble de l'unité, plutôt que des postes en particulier. Une formule est utilisée pour calculer le nombre de « jours » de mise à pied (c.-à-d. de réduction de salaire) que chaque membre du personnel académique recevra pour préserver la totalité des emplois.

Là encore, en comparaison du processus sous le régime de la LACC et des normes exposées dans les chapitres précédents, il y a une différence entre la façon dont les procédures sous le régime de la LACC fonctionnent généralement (même s'il y a une

Bien qu'un manque de ressources financières déclenche cette procédure, la décision des réductions est prise en fonction d'une autre priorité.

grande latitude) et la façon dont une procédure relative à une situation de nécessité financière telle qu'elle est exposée ci-dessus fonctionnerait.

Une des différences clés est que les décisions donnent la priorité à un objectif non commercial ou non financier, autrement dit, à la mission académique de l'université et à la préservation, dans la mesure du possible, de l'intégrité des programmes d'études. Bien qu'un manque de ressources financières déclenche cette procédure, la décision des réductions est prise en fonction d'une autre priorité. Dans une procédure sous le régime de la LACC, la rentabilité et le maintien de la valeur de l'entreprise en activité (mesurés principalement en termes financiers) constituent un des principaux objectifs²⁰.

Une deuxième différence clé est que tout doit être fait pour obtenir d'autres ressources financières de sources internes et externes, y compris expressément auprès du bailleur de fonds public, le gouvernement de l'Ontario. Ces efforts peuvent être des conditions à toute réduction de programmes ou du nombre d'employés proposée.

²⁰ Voir, par exemple, *Diemaster Tool Inc. v Skvortsoff (Trustee of)*, [1991] OJ n° 3465 (Ct J Ont) au para. 40.

Bien qu'ils puissent faire partie des efforts de restructuration engagés par les parties, ces critères ne sont pas nécessaires pour entrer dans un processus sous le régime de la LACC ou pour en sortir. Dans l'exemple de l'Université Laurentienne, les communications avec le gouvernement de l'Ontario avant le dépôt de la procédure étaient confidentielles et les parties qui devaient négocier les réductions de programmes et du nombre d'employés n'en ont pas connu la teneur. Cela est manifestement contraire aux principes de la procédure en cas de situation de nécessité financière relatifs aux avis, à la divulgation et à la consultation décrits ci-dessus (que l'administration a également refusé de déclencher). En revanche, nous savons maintenant que la province a, en fait, offert à l'Université Laurentienne un financement provisoire à court terme à la fin de 2020, mais que l'administration a rejeté cette offre²¹. Sans autre information, il est difficile de savoir si tout a été fait pour obtenir des ressources financières auprès du gouvernement de l'Ontario, qui a finalement choisi de ne pas participer à la procédure sous le régime de la LACC, si ce n'est à titre d'observateur.

Il est difficile de savoir si tout a été fait pour obtenir des ressources financières auprès du gouvernement de l'Ontario [...]

Ce manque d'information rapide ou claire sur les sources de financement et les mesures prises avant le dépôt de procédure sous le régime de la LACC va à l'encontre de la transparence normalement attendue dans les établissements du secteur public, y compris les universités. Il empêche les groupes syndicaux d'évaluer les causes et la nécessité d'une restructuration proposée, de définir une stratégie pour répondre et de demander des comptes aux administrateurs pour les décisions financières. Il amène aussi à se laisser distraire par des spéculations sur les pratiques réelles des gestionnaires (et du gouvernement) juste avant le dépôt de procédure, ce qui finit par

²¹ Shawn Jeffords, « Laurentian ran deficits dating back to 2014, government adviser says in report », CBC News, 16 février 2021, en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/laurentian-university-deficits-report-1.5915327>.

nuire à la relation entre les intervenants à un moment crucial et risque d'entraîner des problèmes à long terme pourtant évitables²².

Pouvoirs de mise en œuvre

Enfin, comme il a déjà été mentionné, les conditions d'une situation de nécessité financière peuvent régir la mise en œuvre de toute décision du comité de supervision. Elles pourraient inclure des conditions habilitant le comité à faire des recommandations

[Les conditions d'une situation de nécessité financière peuvent régir la mise en œuvre de toute décision du comité de supervision.]

ou à prendre des décisions sur les programmes et les employés visés par la restructuration, sur les conditions à ces changements (p. ex. obtenir d'autres ressources financières ou des engagements en matière de financement) et sur le règlement des

différends qui surviennent dans le processus de mise en œuvre.

Dans l'exemple de l'Université Laurentienne, la commission financière mentionne dans son rapport la réduction budgétaire globale maximale que le conseil des gouverneurs peut mettre en œuvre. Le conseil est ensuite habilité à procéder à cette réduction (article 10.15.12), mais c'est la commission qui la répartit en fait entre toutes les unités académiques (article 10.15.13). Puis chaque conseil de faculté répartit sa part des réductions entre ses départements et écoles (ce qui devrait, là encore, être fait proportionnellement, à moins qu'il n'y ait une raison claire et importante de faire autrement) et décide quels membres du personnel académique seront mis à pied (article 10.15.14). Si le conseil concerné ne peut pas se décider sur les mises à pied, la décision revient au doyen ou, à défaut, à la commission financière (article 10.15.18). Même lorsqu'il y a des mises à pied, l'employeur doit faire des efforts raisonnables pour trouver d'autres postes ailleurs dans l'université aux employés qui font face à une mise à pied (article 10.15.20) et les employés mis à pied conservent le droit de présenter un

²² Voir, par exemple, la théorie selon laquelle l'administration a délibérément manipulé le financement des prêts pour provoquer une crise financière et permettre un dépôt de procédure sous le régime de la LACC : Alex Usher, « Laurentian Blues (8) – Causes, Fault and Lessons », *Higher Education Strategy Associates*, 15 avril 2021, en ligne : <highereducationstrategy.com/laurentian-blues-8-causes-fault-and-lessons/>.

grief au sujet de leur sélection pour motifs de procédure (article 10.15.21), de même que des droits de rappel pour de futurs postes (article 10.15.22(b)).

Compétence du sénat et du conseil des gouverneurs

Le principe fondamental des procédures relatives aux situations de nécessité financière susmentionné est de préserver la mission académique et les programmes de l'université. Ce principe peut être appliqué moyennant des réductions budgétaires strictement réparties, comme dans la convention collective de l'UWOFA, ou des réductions plus souples dans l'ensemble des facultés et départements.

Dans les deux cas, le rôle du sénat dans les affaires académiques est un aspect essentiel des procédures relatives aux situations de nécessité financière. Certaines conventions collectives réservent explicitement le pouvoir au sénat lorsque des décisions ne sont pas prises dans le cadre de la procédure relative aux situations de nécessité financière²³. La participation stratégique des associations de personnel académique à cet organe directeur peut aider à contester le conseil des gouverneurs ou d'autres décisions budgétaires et de restructuration, même en dehors d'un processus officiel relatif à une situation de nécessité financière.

*[L]a plupart des lois relatives
aux universités établissent
un système de gouvernance
bicaméral [...]*

Dans le système universitaire ontarien, la plupart des lois relatives aux universités établissent un système de gouvernance bicaméral scindé entre un conseil des gouverneurs (qui s'occupe généralement des questions financières et opérationnelles) et un sénat (qui s'occupe généralement des questions académiques) (figure 3). Cependant, les lois habilitantes varient légèrement entre elles en ce qui concerne les domaines de compétence exclusive ou concurrente attribués à chaque organe directeur. Certaines lois confèrent un pouvoir résiduel au conseil, sous réserve des pouvoirs conférés expressément au sénat.

²³ Voir, par exemple, la convention collective de la Carleton University Academic Staff Association (1^{er} mai 2017-30 avril 2021), art. 17.

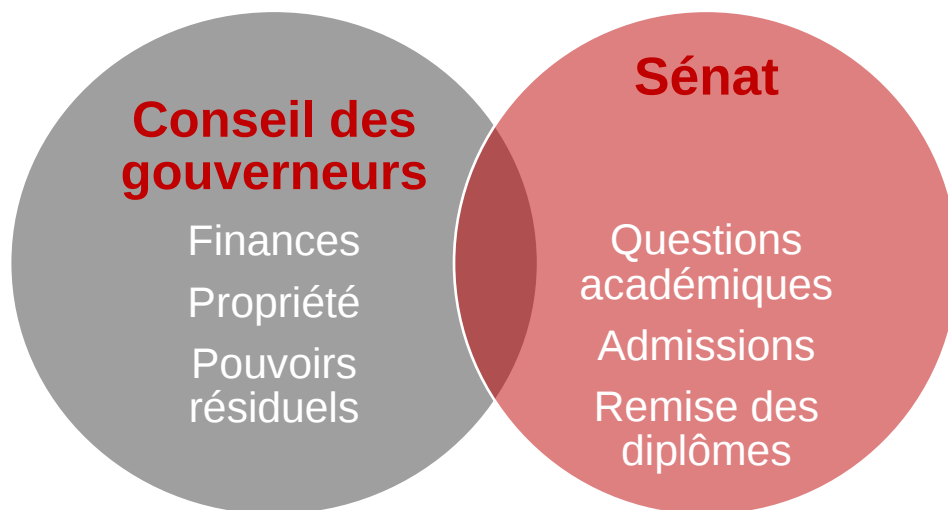


Figure 3 : Compétence du conseil des gouverneurs et du sénat

Par exemple, l'Acte *Laurentienne* prévoit un conseil habilité à gérer la propriété, les revenus et les dépenses, ainsi que toutes les questions qui ne sont pas expressément confiées au président, au sénat et aux universités fédérées²⁴. En revanche, le sénat est chargé des politiques éducatives et ses décisions sont soumises à l'approbation du conseil « en ce qui concerne les dépenses de fonds et l'établissement de nouvelles installations²⁵ ». Plus précisément, le sénat peut créer des facultés, des programmes d'études, des conseils, des comités et des règlements sur des sujets tels que les admissions, les examens, l'obtention des diplômes et des grades, et les récompenses, et ses propres procédures²⁶.

[U]n sénat n'est pas un organe subordonné à un conseil.

Surtout, un sénat n'est pas un organe subordonné à un conseil. Bien que ces questions puissent être parfois controversées lorsqu'un sénat agit en vertu de sa compétence exclusive, un conseil n'a pas le pouvoir d'abroger ses décisions ou de s'en mêler, et

²⁴ *Loi constitutive de l'Université Laurentienne de Sudbury*, LO 1960, chap. 151, art. 18.

²⁵ *Ibid*, art. 21.

²⁶ *Ibid*, art. 21-22.

l'approbation du conseil n'est pas nécessaire, sauf dans les domaines de compétence partagée ou en cas de chevauchement de compétence²⁷.

Évidemment, le rôle exact du sénat dépendra du libellé particulier de la loi. Comme dans le cas de l'Université Laurentienne, l'article 12 de la *Trent University Act* contient une restriction faisant que la responsabilité générale du sénat relativement à la politique éducative est assujettie à [traduction] « l'approbation du conseil en ce qui concerne les dépenses et la création de facultés²⁸ ». Cela a conduit au résultat dans *Kulchyski et al. v. Trent University*²⁹. Dans cette affaire, le conseil avait approuvé la fermeture de deux des collèges résidentiels de l'université, alors que le sénat avait décidé que les collèges ne devaient pas être fermés. Trois membres du personnel académique ont demandé un contrôle judiciaire de la décision du conseil, affirmant notamment que la politique éducative était concernée et qu'il y avait au moins en partie une question de chevauchement de compétence nécessitant l'approbation du sénat.

²⁷ La Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est prononcée sur le sujet dans *Faculty Association of the University of British Columbia v. University of British Columbia*. L'association de personnel académique qui faisait appel soutenait qu'une politique du sénat concernant les évaluations de l'enseignement contrevenait à sa convention collective. La Cour d'appel a confirmé la sentence arbitrale rejetant le grief en expliquant qu'aux termes de l'University Act de la Colombie-Britannique, qui établit un modèle de gouvernance bicaméral, le conseil ne peut restreindre les pouvoirs exclusifs du sénat, même en négociant une convention collective. **[Enlever la note dans le rapport distribué]**

²⁸ *An Act to incorporate Trent University*, LC 1962-1963, ch. 192, art. 12.

²⁹ *Kulchyski et al. v. Trent University*, 2001 CanLII 11691 (ON CA), demande d'autorisation d'appel rejetée, [2001] SCCA n° 516.

En confirmant la décision de la Cour divisionnaire de rejeter la demande, la majorité de la Cour d'appel a conclu, en se fondant sur le libellé particulier de la loi, que même si la fermeture des collèges résidentiels était une question de politique éducative (ce dont la

Dans un processus sous le régime de la LACC [...] le conseil des gouverneurs devient, sur le plan fonctionnel, l'unique décideur [...]

majorité doutait), le conseil avait le pouvoir de passer outre à la décision du sénat³⁰. Autrement dit, un conseil universitaire peut avoir un pouvoir prépondérant sur les décisions du sénat relatives à la politique éducative, du moment qu'il s'agit d'un domaine de compétence partagée ou d'un domaine où il y a chevauchement de compétence

et/ou si des dépenses sont en jeu³¹.

Dans un processus sous le régime de la LACC (sachant que l'Université Laurentienne est le seul exemple d'insolvabilité d'une université bicamérale dans ce pays), le conseil des gouverneurs devient, sur le plan fonctionnel, l'unique décideur, et le rôle du sénat est marginalisé ou totalement éliminé³². C'est peut-être logique dans une procédure visant à régler les aspects financiers de la restructuration dans le contexte d'une entreprise. Pour les universités, cependant, les finances sont si étroitement liées à la mission académique que la plupart des grandes décisions concernant une restructuration auront forcément des conséquences pour elles. Dans le cas de l'Université Laurentienne, il a été demandé au sénat de se prononcer sur le plan de mises à pied, mais cela a été ressenti comme décider en ayant un revolver sur la tempe et pas comme un réel choix³³. Le sénat n'a pas, en tant qu'organe indépendant, joué un rôle essentiel dans la formulation de l'arrangement qui lui a été soumis. Dans la mesure où il est un deuxième « porte-parole » du personnel académique, ainsi que l'organe

³⁰ *Ibid* aux para. 32-33.

³¹ Voir aussi Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario, « OCUFA Submission warns of threat to shared governance in regulations proposed in Northern Ontario School of Medicine University Act », 29 novembre 2021, en ligne : <ocufa.on.ca/blog-posts/ocufa-submission-warns-of-threat-to-shared-governance-in-regulations-proposed-in-northern-ontario-school-of-medicine-university-act/>.

³² Dans le cas de l'Université Quest, la loi habilitante crée un conseil académique à des fins de consultation qui est subordonné au conseil : *Sea to Sky University Act*, SBC 2002, ch. 54, art. 9.

³³ Voir, par exemple, Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario, « CCAA process continues to fail public institutions as Laurentian Senate is forced to vote on restructuring package », 6 avril 2021, en ligne : <ocufa.on.ca/press-releases/ccaa-process-continues-to-fail-public-institutions-as-laurentian-senate-is-forced-to-vote-on-restructuring-package/>.

officiel chargé des questions académiques, il ne peut pas s'acquitter des fonctions prévues par la loi et la politique publique.

Le contraste est frappant avec une procédure dans une situation de nécessité financière qui vise à préserver le processus décisionnel consultatif et la gouvernance collégiale, même lorsque des décisions difficiles et complexes relatives à la restructuration sont nécessaires. En fait, en août 2020, l'Université Laurentienne a suspendu unilatéralement 17 programmes où les inscriptions étaient peu nombreuses et l'APPUL a contesté cette décision au motif qu'elle portait atteinte au pouvoir du sénat³⁴. Là encore, la lenteur du processus décisionnel de l'université montre l'importance du recours rapide aux procédures décisionnelles et de gouvernance existantes, plutôt que d'attendre que la situation soit trop grave.

Dans l'ensemble, s'agissant de la LACC ou d'une restructuration, il est plus utile que préjudiciable d'insister sur la compétence légale d'un sénat par rapport à une politique académique, et cela permet de justifier la participation d'un sénat à tout processus de restructuration (sous le régime de la LACC ou autrement). Le sénat peut servir de contrepoids pour s'assurer que la mission académique de l'université demeure l'objectif primordial. La présence et le rôle du sénat dans les universités permettent aussi aux groupes du personnel académique de jouer un rôle actif dans la gouvernance collégiale non seulement pendant une procédure sous le régime de la LACC, mais aussi bien avant comme moyen de parer à de futurs problèmes.

Le sénat peut servir de contrepoids pour s'assurer que la mission académique de l'université demeure l'objectif primordial.

³⁴ « Laurentian programs still suspended, deans to report back on low enrolment, quality control », CBC News, 23 septembre 2020, en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/laurentian-programs-still-suspended-1.5735471>; Association canadienne des professeures et professeurs d'université, « Rapport sur la négociation collective », novembre 2020, en ligne (pdf) : <https://council.caut.ca/sites/default/files/14._a_rapport_sur_la_negociation_collective_2020-11conseil_2020-11.pdf>.

Président et direction

Nous avons examiné le rôle et les fonctions du sénat et du conseil des gouverneurs prévus par la loi. Il est bon de se pencher aussi sur le rôle particulier des instances dirigeantes, dont celui des recteurs d'université. Il est relativement courant que les universités aient un comité de direction et un bureau du recteur (ou l'équivalent) qui supervisent les activités quotidiennes de l'université et en rendent compte au conseil. Certains de ces bureaux sont établis par la loi habilitante de l'université, tandis que d'autres sont créés par des règlements, des politiques ou tout simplement par des contrats de travail de l'université. Ce sont les personnes qui connaissent probablement le mieux les affaires (courantes) de l'université.

D'un point de vue structurel, un recteur a généralement des obligations envers le conseil des gouverneurs et le sénat. Il se peut que la direction rende également des comptes à l'un ou au deux. Ces personnes sont au centre de tous les processus décisionnels administratifs importants, et il est possible qu'elles aient voix au chapitre en ce qui concerne la gouvernance universitaire. À certains égards, leurs intérêts et leurs compétences seront également différents de ceux du conseil – qui se compose principalement de bénévoles et qui peut avoir un rôle de supervision plus distante – et du sénat – qui est souvent plus lié aux activités continues d'enseignement et de recherche. Il peut être utile, lorsqu'on examine les rôles et la voix au chapitre de l'administration dans le processus de restructuration, de séparer les comités de direction et les présidents du conseil et du sénat, dans la mesure où leurs points de vue et leurs rôles diffèrent sans doute.

Groupes d'employés

Nous avons examiné les conditions d'une situation de nécessité financière dans les conventions collectives d'associations de personnel académique. Il ne s'agit, bien entendu, que d'une catégorie d'employés au sein de l'université. Il se peut que d'autres unités de négociation soient représentées par d'autres syndicats ou associations, comme le personnel administratif, les agents des installations, les employés des

services alimentaires, les enseignants à temps partiel (quand ils ne font pas partie d'une unité de négociation des membres permanents du personnel académique), les employés étudiants (y compris les assistants d'enseignement et recherche) et les employés non syndiqués. Les groupes de retraités peuvent également être des parties prenantes dans la mesure où ils ont des intérêts financiers ou autres dans l'université.

Dans l'exemple de l'Université Laurentienne, les enseignants à temps partiel étaient majoritairement – mais pas exclusivement – représentés par l'APPUL, et le Syndicat des employés de l'Université Laurentienne (SEUL) faisait aussi partie des négociations qui ont abouti aux réductions.

Les clauses relatives aux situations de nécessité financière que nous avons examinées ne mentionnent pas les effets potentiels d'une restructuration sur d'autres groupes d'employés. Il sera nécessaire et souhaitable dans la rédaction d'un code modèle révisé des situations de nécessité financière de prévoir que tout groupe d'employés touché par ces situations ait voix au chapitre dans ce processus.

Code modèle des situations de nécessité financière

La raison d'être de cet examen des principes et procédures qui peuvent découler des clauses existantes négociées relatives aux situations de nécessité financière est notamment que ces principes forment la base d'un processus de restructuration négocié juste, où qu'il ait lieu. Les chapitres 7 et 8 exposent les options en matière de réforme du droit par les gouvernements (dans la LACC ou ailleurs, y compris dans les lois provinciales régissant les universités), par les tribunaux, par la voie contentieuse (dans les procédures d'insolvabilité) et par les parties prenantes elles-mêmes (dans la négociation, dans l'administration universitaire et dans la recherche de changements aux pratiques actuelles en matière de droit de l'insolvabilité). Un code modèle révisé contenant les définitions et procédures relatives aux situations de

L'ACPPU [...] est bien placée pour rédiger un code modèle en matière de situations de nécessité financière fondé sur les pratiques exemplaires provenant de conventions collectives existantes et d'exemples de

nécessité financière sera un outil utile dans chacun de ces domaines. L'ACPPU ou un organisme semblable sont bien placés pour rédiger un code modèle des situations de nécessité financière fondé sur les pratiques exemplaires provenant de conventions collectives existantes et d'exemples de restructuration.

L'ACPPU a depuis longtemps un énoncé de principes qui expose les conditions fondamentales d'une situation de nécessité financière qui devraient être incluses dans la convention collective d'une association de personnel académique³⁵. Cependant, il devrait être mis à jour à la lumière de l'expérience de l'Université Laurentienne. Les principes, les processus et les acteurs dont il devrait être question dans un code modèle des situations de nécessité financière comprennent :

- La primauté du mandat académique dans tout processus décisionnel.
- La transparence dans la communication de l'information à tous les intervenants touchés.
- Un avertissement précoce et la rapidité de l'avis et de la fourniture d'information.
- Des conditions établissant une procédure relative à la situation de nécessité financière qui inclut un critère de déclenchement, un comité de supervision et des pouvoirs de mise en œuvre.
- L'obligation de chercher toutes les sources raisonnables de financement et d'économies dans le cadre du processus décisionnel.
- Un rôle obligatoire du bailleur de fonds public.
- Des rôles pour le sénat, le conseil des gouverneurs, la direction et le recteur, ainsi que les agents négociateurs concernés.

³⁵ Association canadienne des professeures et professeurs d'université, « Nécessité financière et licenciements », dernière révision en 2009, en ligne : <<https://www.caut.ca/fr/au-sujet/politiques-generales-de-l-acppu/énoncé-de-principes-sur-la-nécessité-financière-et-les-licenciements>>.

- Des processus pour décider des réductions budgétaires et, lorsque des mises à pied sont nécessaires, leur répartition et leur mise en œuvre ordonnées fondées sur les normes régissant les relations de travail.

B. Autres sources de pouvoir de restructurer les universités

Ententes de mandat stratégiques

Les ententes de mandat stratégiques (« **EMS** ») sont les principaux cadres de financement entre le bailleur de fonds public ontarien (le gouvernement de l'Ontario) et une université et sont donc une source potentielle de divulgation, de supervision et d'intervention par rapport à une université lorsque les circonstances s'y prêtent³⁶.

Des intervenants du secteur universitaire ontarien ont beaucoup écrit sur les EMS et nous ne répéterons pas ici en détail leur analyse. Il semble évident que les EMS sont le principal mécanisme utilisé par les gouvernements pour orienter les décisions des universités vers des objectifs gouvernementaux et de politique publique en dehors de toute restructuration ou intervention directe. Il ressort d'un examen des tendances en Ontario et en Colombie-Britannique qu'une série d'auteurs soulignent que les EMS de l'Ontario [traduction] « visent à aligner les programmes sur l'économie et le marché du travail en limitant les affectations de subventions de fonctionnement destinées à des programmes particuliers très demandés ou en prenant des décisions sur les types de programmes et de diplômes offerts³⁷ ».

[...] les EMS sont le principal mécanisme utilisé par les gouvernements pour guider les décisions des universités [...]

³⁶ Ministère de la Formation et des Collèges et Universités de l'Ontario, « Ententes de mandat stratégiques des collèges et universités, 2020-2025 », dernière mise à jour le 14 octobre 2021, en ligne : <<https://www.ontario.ca/fr/page/ententes-de-mandat-strategiques-des-colleges-et-universites-2020-2025>>.

³⁷ Lane D Trotter et Amy Mitchell, « Academic Drift in Canadian Institutions of Higher Education: Research Mandates, Strategy, and Culture », 2018, vol. 48, n° 2, La Revue canadienne d'enseignement supérieur, p. 92-94.

Le secteur universitaire critique les EMS pour cette raison. Un commentateur explique que, du point de vue de la recherche universitaire, le modèle [traduction] « remplace en fait la recherche qui ‘importe’ par de la recherche qui ‘compte’ et privilégie l’idée de faire ce qui compte le plus rapidement possible » en fonction d’indicateurs de rendement limités, comme le nombre de citations, la note du cadre d’évaluation ou les fonds recueillis³⁸.

Le secteur universitaire critique les EMS [...]

La phase la plus récente (phase 3) des EMS est en vigueur de 2020 à 2025. Elle a commencé avec le budget de l’Ontario de 2019 qui a apporté un changement fondamental aux EMS. Au lieu de mesures de rendement fondées sur la responsabilisation, il liait le financement aux résultats en matière de rendement (définis dans un EMS). En plus des mesures courantes, comme le taux d’obtention de diplôme et le financement de la recherche, les critères de financement fondé sur le rendement (« FFR ») comprennent maintenant des mesures moins courantes, comme les taux d’emploi et les salaires des diplômés³⁹. Les nouvelles mesures, absentes d’autres modèles de FFR, comprennent l’incidence communautaire/locale, les salaires des diplômés et des paramètres d’incidence économique particuliers à l’établissement⁴⁰.

Les modalités de l’EMS 2017-2020 de l’Université Laurentienne relatives aux conditions financières et aux engagements sont les suivantes⁴¹ :

Viabilité financière

³⁸ Marc Spooner, « Ontario university strategic mandate agreements: a train wreck waiting to happen », *University Affairs*, 23 janvier 2018, en ligne : <www.universityaffairs.ca/opinion/in-my-opinion/ontario-university-strategic-mandate-agreements-train-wreck-waiting-happen/>.

³⁹ Ministère de la Formation et des Collèges et Universités de l’Ontario, « Ententes de mandat stratégiques des collèges et universités, 2020-2025 ».

⁴⁰ *Ibid.* En même temps, le gouvernement de l’Ontario a imposé une réduction de 10 % des droits de scolarité réglementés, ainsi qu’une réduction de 600 M\$ des bourses d’études accordées dans le cadre du Régime d’aide financière aux étudiantes et étudiants de l’Ontario et une modification de la formule d’évaluation des besoins.

⁴¹ Gouvernement de l’Ontario, « Archivée – Entente de mandat stratégique pour 2017-2020 : Université Laurentienne », publiée le 16 mars 2018, en ligne : <<https://www.ontario.ca/fr/page/entente-de-mandat-strategique-pour-2017-2020-universite-laurentienne>>.

Le Ministère et l'Université reconnaissent que la viabilité et la responsabilité financières sont d'une importance capitale pour l'accomplissement du mandat de l'établissement et la concrétisation de la vision de l'Ontario pour le système d'éducation postsecondaire. C'est pourquoi il est entendu :

Qu'il incombe au conseil d'administration et aux cadres supérieurs de l'Université de relever les pressions financières et les problèmes de viabilité, d'en assurer le suivi et de les résoudre. Parallèlement, le Ministère exerce une fonction de gérance financière. Le Ministère et l'Université conviennent de travailler en collaboration à l'atteinte de leur but commun de viabilité financière et de veiller à ce que les Ontariennes et Ontariens aient accès à une gamme complète d'options d'études postsecondaires abordables et de grande qualité, aujourd'hui et à l'avenir.

Que l'Université demeure responsable devant le Ministère pour l'utilisation efficace et efficiente des ressources du gouvernement provincial et des ressources des étudiantes et étudiants couvertes par les directives de politiques du Ministère ou pour les décisions qui ont une incidence sur ces ressources, afin de maximiser la valeur et l'impact des investissements consacrés au système d'éducation postsecondaire.

[...]

Engagements du ministère/gouvernement

Le cycle 2017-2020 du processus d'élaboration des ententes de mandat stratégiques (EMS2) est axé sur la mise en œuvre des premières étapes du nouveau modèle de financement et sur la démonstration de l'engagement continu de tous les collèges et toutes les universités envers la réussite des étudiants. La croissance future de ces établissements sera financée uniquement au moyen de changements apportés à leur fourchette d'effectifs financée, à la suite de négociations. Lors du cycle d'élaboration des EMS2, le ministère poursuivra son étroite collaboration avec les établissements d'enseignement afin de s'assurer que tous les aspects du modèle de financement sont mis en œuvre.

Le ministère s'engageait aussi à mener des consultations sur les mesures du rendement et sur d'autres questions, comme l'enseignement francophone, la politique en matière de droits de scolarité, les besoins de programmes d'études supérieures et la subvention pour le Nord.

Les modalités de l'EMS de l'Université Laurentienne pour 2020-2025 relatives aux conditions financières et aux engagements sont les suivantes, en fonction du montant total des subventions de fonctionnement de 2019-2020⁴² :

Pour le cycle des EMS3, l'allocation annuelle de financement axé sur le rendement de l'Université Laurentienne a été calculée par le ministère conformément au modèle de financement des universités et au Manuel technique du financement axé sur le rendement de l'Ontario. Les allocations théoriques de l'Université Laurentienne, qui ne seront pas influencées par le rendement de l'année précédente, seront versées selon un calendrier de mise en œuvre progressive, comme suit :

Year	2020-21	2021-22	2022-23	2023-24	2024-25
Differentiation Envelope	\$16,213,262	\$21,733,046	\$27,252,994	\$32,772,942	\$35,532,916
Performance-based Grant	\$16,213,262	\$21,733,046	\$27,252,994	\$32,772,942	\$35,532,916

Année	2020-2021	2021-2022	2022-2023	2023-2024	2024-2025
Enveloppe pour la différenciation	16 213 262 \$	21 733 046 \$	27 252 994 \$	32 772 942 \$	35 532 916 \$
Subvention axée sur le rendement	16 213 262 \$	21 733 046 \$	27 252 994 \$	32 772 942 \$	35 532 916 \$

Le document ajoute que le financement FFR ne sera pas en place pour 2020-2021 et 2021-2022 et que les années suivantes seront déterminées dans le cadre du processus d'évaluation annuel de l'EMS3, avec des plafonds en fonction des moyennes de l'ensemble du système. Suit une autre série de tableaux sur la pondération des mesures liée aux caractéristiques de l'établissement que nous ne reprenons pas ici, mais qui montre la variation de financement possible lorsque chacune des mesures est respectée, non respectée ou dépassée. Un commentateur estime que le « pire des cas » dans ce mécanisme FFR, c'est qu'il « fait beaucoup de bruit pour rien ». Autrement dit, il est peu probable qu'il y ait une différence à la baisse considérable⁴³.

⁴² Gouvernement de l'Ontario, « Entente de mandat stratégique pour 2020-2025 : Université Laurentienne », publiée le 14 octobre 2021, en ligne : <<https://www.ontario.ca/fr/page/entente-de-mandat-strategique-pour-2020-2025-universite-laurentienne>>.

⁴³ Alex Usher, « Ontario's PBF System: Much Ado About Nothing », *Higher Education Strategy Associates*, 2 décembre 2020, en ligne : <highereducationstrategy.com/ontarios-pbf-system-much-ado-about-nothing/>.

Trois principales observations s'imposent au sujet des EMS et de l'Université Laurentienne en particulier. Premièrement, les EMS actuels prévoient une affectation des fonds et une série de paramètres qui peuvent faire varier cette affectation sur la durée de l'entente – même si l'on ne s'entend pas sur l'ampleur de cette variation qu'il n'est, de toute façon, pas encore possible de calculer. Les EMS ne contiennent aucune autre modalité fixant les conditions du financement ou les conséquences d'événements très indésirables, comme des déficits temporaires ou persistants, et elles ne disent rien, même de manière générale, au sujet de procédures à suivre en cas de difficultés financières.

[L]e gouvernement de l'Ontario a choisi de refuser de fournir [...] un financement d'urgence ponctuel ou spécial.

Deuxièmement, en comparant les EMS de 2017-2020 et 2020-2025 de l'Université Laurentienne, nous constatons un changement dans le libellé et dans les modalités des engagements financiers du ministre à l'égard de l'université, mais les effets juridiques de ces déclarations de nature générale ne sont pas immédiatement évidents. D'après l'EMS de 2017-2020, il incombe à l'université « de relever les pressions financières et les problèmes de viabilité, d'en assurer le suivi et de les résoudre », mais « parallèlement, le Ministère exerce une fonction de gérance financière » et « le Ministère et l'Université conviennent de travailler en collaboration à l'atteinte de leur but commun de viabilité financière [...] » Ce libellé est absent de l'EMS de 2020-2025, où les paramètres sont liés au financement, bien que, comme nous le mentionnions, les conséquences pour qui ne les respecte pas ne soient sans doute pas graves. Bref, il n'y a pas de conditions claires pour établir un « filet de sécurité » (comme l'avaient peut-être supposé de nombreux créanciers) et les obligations contractuelles de financer l'Université Laurentienne en vertu de l'EMS 2020-2025 sont, à cet égard, semblables à celles des EMS précédents. (Elles sont évidemment différentes dans les paramètres de financement qui déterminent les montants totaux.) Dans ce cas, le gouvernement de l'Ontario a choisi de refuser de fournir à l'Université Laurentienne un financement d'urgence ponctuel ou spécial.

Troisièmement, un des objectifs déclarés du système des EMS est d'éliminer les doublons et de coordonner le financement du secteur universitaire et les programmes offerts en Ontario (selon des commentateurs, cet objectif était un prétexte pour réduire le financement global du secteur). Le système a été créé au moins en partie en réponse aux recommandations d'un examen du secteur universitaire dans les dépenses de l'ensemble du secteur public plus généralement⁴⁴.

Cela laisse supposer que si une des 21 universités qui participent au système des EMS éprouve des difficultés financières telles qu'une restructuration importante de ses

Un processus d'insolvabilité commerciale n'est pas prévu pour prendre en compte ces considérations [...]

programmes d'études devient nécessaire, il y aura des répercussions sur tout le secteur à divers égards. Nous voyons déjà les effets secondaires des réductions de l'Université Laurentienne dans le financement, les cours offerts et l'orientation future des autres universités de la métropole de Sudbury, y compris l'enseignement francophone, autochtone et en soins de santé, comme cela est mentionné au chapitre 4⁴⁵. Un processus d'insolvabilité commerciale n'est pas prévu pour tenir compte de ces considérations, notamment lorsque le ministre ne prend pas de part active à la procédure.

⁴⁴ Pour un résumé du contexte des EMS, voir Pierre G Piché et Glen A Jones, « Institutional diversity in Ontario's university sector: A policy debate analysis », 2016, vol. 46, n° 3, La Revue canadienne d'enseignement supérieur, p. 1.

⁴⁵ Voir, par exemple, la fermeture de l'école de formation à la profession de sage-femme de l'Université Laurentienne – seul programme bilingue dans ce domaine au Canada et seul programme en Ontario en dehors de la région du Grand Toronto et de Hamilton – qui se spécialisait dans les services aux populations nordiques, autochtones et rurales.

Loi sur le ministère de la Formation et des Collèges et Universités

Les références, dans la *Loi sur le ministère de la Formation et des Collèges et Universités* (« **LMFCU** »), au pouvoir du ministre relativement à quelques questions financières limitées, constituent la troisième source de pouvoir possible en ce qui concerne la restructuration des universités ontariennes⁴⁶. La LMFCU renvoie en ces termes aux pouvoirs du ministre en ce qui a trait à l'« aide financière et aux bourses d'études » :

5 (1) Le ministre peut consentir une aide financière et des bourses d'études aux personnes suivantes :

- a) les étudiants d'une université, d'un collège d'arts appliqués et de technologie ou d'un autre établissement postsecondaire;

[...]

(2) L'aide financière ou les bourses d'études peuvent être assorties des conditions prescrites par règlement et des autres conditions que le ministre estime appropriées.

[...]

6 Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, prévoir la répartition et l'attribution des sommes affectées par la Législature pour l'entretien, la mise en valeur et la promotion d'établissements historiques et prévoir les conditions qui en régissent le versement.

[...]

10 (1) Le ministre peut, relativement à l'administration des prêts d'études, des prêts aux médecins résidents, de l'aide financière et des bourses d'études, nommer des inspecteurs chargés de déterminer si la présente loi, les règlements et les ententes conclues par le ministre sont observés.

(2) Pour déterminer si la présente loi a été et est toujours observée, un inspecteur peut, sans mandat, pénétrer dans les locaux commerciaux de quiconque et dans les établissements postsecondaires et en faire l'inspection.

[...]

11 Dès réception du rapport de l'inspecteur prévu à l'article 10, le ministre peut prendre tout arrêté qu'il estime approprié pour assurer la saine administration des prêts d'études, des prêts aux médecins résidents, de l'aide financière et des bourses d'études consentis en application de la présente loi et des règlements.

⁴⁶ *Loi sur le ministère de la Formation et des Collèges et Universités*, LRO 1990, ch. M.19 [LMFCU].

L'article 13 de la LMFCU stipule que le ministre prend des règlements qui régissent les questions suivantes :

- d) prévoir la répartition et l'attribution des sommes affectées ou prélevées par la Législature à des fins d'enseignement postsecondaire, notamment aux niveaux universitaire et collégial;
- e) préciser les conditions régissant le versement des subventions générales;
- f) définir les termes « effectif » et « étudiant » aux fins d'attribution des subventions générales aux établissements d'enseignement postsecondaires reconnus à cette fin par le ministre et assujettir l'« effectif » à l'approbation du ministre;

Ces pouvoirs sont formulés de manière plus générale que ceux énoncés à l'article 5. Lus ensemble, ils peuvent élargir le sens de « bourses d'études » à l'article 5 aux transferts aux universités qui ne se limitent pas à des prêts aux étudiants et qui sont accordés « à des fins d'enseignement postsecondaire, notamment aux niveaux universitaire et collégial ». En outre, le ministre a le pouvoir général de « préciser les conditions régissant le versement des subventions générales ».

S'il est évident au vu de ces dispositions que le ministre dispose de certains pouvoirs par rapport aux programmes de prêts aux étudiants et de bourses d'études, y compris la nomination d'inspecteurs financiers, il serait bon de préciser que ce pouvoir

[[!]] s'agit d'un exemple de pouvoir législatif existant d'accorder des ressources à une université en Ontario.

s'étend à la fourniture de fonds d'urgence et à toute condition connexe⁴⁷. À tout le moins, il s'agit d'un exemple de pouvoir législatif existant d'accorder des ressources à une université ontarienne. Il est possible aussi que le ministre ait un pouvoir général de dépenser non législatif qui pourrait servir pour accorder des prêts d'urgence à une université, vraisemblablement selon des modalités que le ministre juge appropriées, du

⁴⁷ Si ce n'est pas précisé, l'exercice du pouvoir du gouvernement d'intervenir dans les universités pourrait donner lieu à des litiges. Voir, par exemple, la contestation (en cours) par l'Université Laurentienne du pouvoir légal du vérificateur général de l'Ontario de l'obliger à produire des documents confidentiels : Ernst & Young Inc, « Auditor General of Ontario Application » (Restructuring Document Centre – Laurentian University of Sudbury), en ligne : <documentcentre.ey.com/#!/detail-engmt?eid=459>.

moment que cela ne porte pas atteinte par ailleurs à l'autonomie de l'établissement aux termes de sa loi habilitante⁴⁸.

Nous soulignons ces pouvoirs parce qu'ils pourraient être ajoutés afin de conférer un pouvoir plus complet d'accorder des fonds d'urgence liés à une restructuration, par exemple à la demande d'une université, comme nous le verrons plus en détail au chapitre suivant.

De plus, le ministre a le pouvoir de nommer des comités consultatifs ou d'autres organes consultatifs⁴⁹. Le « conseiller spécial pour la viabilité financière à long terme de l'Université Laurentienne » a été nommé en vertu de ce pouvoir avec pour mission de

[L]a province est généralement tenue de respecter l'autonomie des établissements conférée par leurs différentes lois habilitantes.

conseiller le ministre au sujet de la situation financière de l'université et de son cheminement vers le retour à la viabilité financière⁵⁰. Aucun rapport du conseiller spécial n'a encore été publié⁵¹.

L'autorisation législative limitée en ce qui concerne une intervention du gouvernement dans les universités signifie que la province est généralement tenue de respecter l'autonomie des établissements conférée par leurs différentes lois habilitantes. En 2018-2019, le ministre a révisé les lignes directrices régissant les droits de scolarité et les droits accessoires afin d'obliger les universités à rendre facultatives certaines catégories de cotisations étudiantes (« L'initiative de liberté de choix des étudiants »)⁵². Les lignes directrices ne mentionnaient aucun pouvoir

⁴⁸ Voir *Canadian Federation of Students v Ontario (Colleges and Universities)*, 2021 ONCA 553 aux para. 22-30 [CFS ONCA].

⁴⁹ LMFCU, précité à la note 45, art. 4.

⁵⁰ Décret 88/2021 (*Loi sur le ministère de la Formation et des Collèges et Universités*), en ligne : <www.ontario.ca/orders-in-council/oc-882021>. Voir aussi Ministère de la Formation et des Collèges et Universités de l'Ontario, « L'Ontario nomme un conseiller spécial pour offrir un soutien à l'Université Laurentienne », communiqué, 1^{er} février 2021, en ligne : <<https://news.ontario.ca/fr/statement/60200/ontario-nomme-un-conseiller-special-pour-offrir-un-soutien-a-luniversite-laurentienne>>.

⁵¹ La Presse canadienne a examiné une première lettre du 29 janvier 2021 adressée au ministre : Jeffords, précité à la note 13.

⁵² Ministère de la Formation et des Collèges et Universités de l'Ontario, *Cadre pour les droits de scolarité et lignes directrices sur les droits accessoires pour les années scolaires 2019-2020 et 2020-2021*, section 6 : Politique sur les droits accessoires, en ligne (pdf) : < <https://files.ontario.ca/mcu-university->

législatif pour ce changement. Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire déposée par des associations d'étudiants concernées, la Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont toutes deux conclu que l'initiative de liberté de choix des étudiants portait atteinte à l'autonomie des universités pour ce qui est de conclure avec les associations d'étudiants des ententes sur les droits accessoires, et que cette ingérence ne pouvait se justifier par une prérogative de la Couronne ou par le seul pouvoir de dépenser⁵³.

En bref, en dehors des statuts des universités, il n'existe pas de pouvoirs législatifs clairs et convaincants qui permettent au gouvernement de l'Ontario d'accorder des fonds d'urgence ou d'intervenir directement dans le fonctionnement des universités – ou, plus précisément, de superviser un processus de restructuration de sa propre initiative ou à l'initiative d'un intervenant universitaire.

[I]l n'existe pas de pouvoirs législatifs clairs et convaincants qui permettent au gouvernement de l'Ontario [...] de superviser un processus de restructuration de sa propre initiative [...]

Il est possible de comparer avec la situation des collèges, qui sont tous établis comme agents de la Couronne aux termes d'une seule loi, la *Loi de 2002 sur collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario*⁵⁴. Le ministre a des pouvoirs bien plus étendus sur les collèges, y compris la capacité d'intervenir directement dans leurs affaires :

4 (1) Le ministre peut donner des directives en matière de politique au sujet de la manière dont les collèges doivent réaliser leurs objets ou diriger leurs affaires.

[...]

5 (1) Le ministre peut intervenir dans les affaires d'un collège ou d'une constituante de celui-ci de la manière et dans les conditions prescrites s'il est d'avis :

[...]

[tuition-framework-guidelines-mar2019-en-2022-01-30/mcu-university-tuition-framework-guidelines-mar2019-fr-2022-01-30.pdf](#)>.

⁵³ *Canadian Federation of Students v Ontario*, 2019 ONSC 6658 (C Div) au para. 117; *CFS ONCA*, précité à la note 47 aux para. 61-64. Veuillez noter que la distinction entre les prérogatives et les pouvoirs de dépenser était pertinente en l'espèce, ce qui n'est pas nécessaire aux fins de ce rapport.

⁵⁴ Voir *Loi de 2002 sur les collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario*, LO 2002, ch. 8, annexe F, para. 2(4).

c) soit qu'il est dans l'intérêt public de le faire.

(2) Lorsqu'il décide si une intervention est dans l'intérêt public, le ministre peut notamment tenir compte des éléments suivants :

a) la qualité de la gestion et de l'administration du collège;

b) l'utilisation par le collège de ses ressources financières pour la gestion et la prestation des principaux services d'enseignement et de formation;

[...]

Des obligations financières supplémentaires sont prescrites par règlement, y compris l'obligation pour les collèges d'obtenir une approbation ministérielle avant d'accuser un déficit une année donnée⁵⁵. Le même règlement confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de nommer des enquêteurs et des administrateurs, de donner aux collèges des directives en matière de politique et de révoquer des membres des conseils⁵⁶ :

15. (1) S'il est d'avis qu'une intervention dans les affaires d'un collège en vertu de l'article 5 de la Loi est nécessaire, le ministre peut faire ce qui suit :

a) nommer une personne afin d'enquêter sur les activités du collège et d'aviser le ministre si, selon elle, la nomination d'un administrateur est dans l'intérêt public et est nécessaire pour faire en sorte que le collège continue à offrir des services conformément aux lois applicables et à leurs règlements d'application ainsi qu'aux directives en matière de politique;

[...]

c) révoquer de façon temporaire ou permanente certains ou la totalité des membres du conseil d'administration nommés en application du paragraphe 4(2);

d) nommer une personne pour administrer temporairement les activités commerciales et les affaires internes du collège, sous réserve des conditions et des restrictions qu'impose le ministre à l'administrateur.

Ce règlement définit également le pouvoir des enquêteurs d'accéder aux registres afin de les inspecter et celui des administrateurs d'exercer tous les pouvoirs du conseil des gouverneurs, à la place de celui-ci, sous réserve des directives du ministre, à qui ils

⁵⁵ Règl. de l'Ont. 34/03 (Dispositions générales), art. 9.

⁵⁶ *Ibid*, para. 15(1).

doivent remettre des rapports⁵⁷. Il semble qu'au minimum, une modification législative serait nécessaire pour prévoir un processus comparable pour le secteur universitaire ontarien. Autrement, une mesure législative particulière à but unique pourrait être adoptée afin de conférer ce pouvoir⁵⁸.

Le plan de revitalisation de la Nouvelle-Écosse

En 2015, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a adopté la loi sur la responsabilité et la durabilité des universités (*Universities Accountability and Sustainability Act*)⁵⁹. Tel est le cas dans d'autres provinces, cette loi contient des dispositions qui permettent au ministre responsable de mettre des fonds à la disposition des universités et d'exiger de ces dernières certaines mesures de reddition de compte et de transparence.

Cette mesure législative établit de plus une procédure qui, visant à faciliter un « processus de revitalisation », englobe certains des éléments d'une procédure de nécessité financière. Une université peut « participer » à un « processus de planification de la revitalisation » sur demande au ministre (art. 5). Pour faire une demande, l'université doit déterminer, et le ministre accepter, qu'une « irrégularité opérationnelle importante » est survenue. L'avis et les commentaires des groupes d'employés sont requis. Le ministre a le pouvoir de demander des informations financières supplémentaires ou de les faire vérifier de manière indépendante.

Pendant la durée de ce processus, certains droits en matière de relations de travail sont suspendus, comme les grèves et les lockouts, mais la négociation collective se poursuit; toutefois, aucune convention collective ne peut être négociée et conclue pendant le processus.

⁵⁷ *Ibid*, para. 15(2) à 15(7).

⁵⁸ Le gouvernement de l'Ontario s'est montré disposé à adopter des lois pour protéger certains établissements anciennement affiliés à l'Université Laurentienne après sa demande sous le régime de la LACC : voir *Loi de 2021 sur l'Université de l'École de médecine du Nord de l'Ontario*, LO 2021, ch. 25, annexe 16; *Université de Hearst Act*, 2021, LO 2021, ch. 25, annexe 28.

⁵⁹ SNS 2015, ch. 11.

Le ministre met sur pied un comité et nomme un facilitateur pour superviser le processus de revitalisation et faciliter la participation des intervenants à l'élaboration d'un « plan de revitalisation ». Ce plan doit inclure certaines modalités relatives à la position à long terme de l'université au sein du système provincial, entre autres, qui reflète en grande partie les priorités économiques, mais aussi les répercussions sur les étudiants et les employés et l'impact sur la liberté académique. Le plan doit être élaboré dans les six mois, examiné par le comité et renvoyé dans les dix mois. Le ministre peut alors décider d'accorder des subventions, avec ou sans conditions, liées au plan de revitalisation. Ce plan peut ensuite être transformé en un ou plusieurs « accords de résultats » avec l'université.

Les éléments de cette procédure constituent une référence utile pour l'élaboration d'un code modèle des situations de nécessité financière plus robuste. Nous soulignons toutefois les lacunes suivantes du plan de revitalisation de la Nouvelle-Écosse :

- la suspension des recours en matière de relations de travail (y compris la grève/le lockout) et l'interdiction de conclure des conventions collectives pendant un plan de revitalisation constituent, ou peuvent constituer, une limitation indésirable ou extraordinaire de la liberté d'association;
- on observe un manque de mandats définis pour certains intervenants clés, tels que le sénat, la séparation du conseil des gouverneurs et de l'administration supérieure, et les groupes d'employés;
- bien qu'une certaine considération soit accordée au mandat académique et au système postsecondaire dans son ensemble, ainsi qu'aux impacts sur les groupes d'employés et la liberté académique, la protection du mandat académique et des valeurs d'intérêt public associées n'est pas prioritaire par rapport aux considérations économiques et commerciales.

C. Comparaisons avec d'autres pays

Nous avons étudié ce qui se passe dans différents pays de common law, afin de voir si d'autres universités publiques avaient eu recours à une procédure d'insolvabilité ou appliqué d'autres modalités de restructuration. Dans la section qui suit, nous résumons la situation aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie.

États-Unis

Le secteur américain de l'enseignement postsecondaire est largement privatisé et en général très différent du modèle canadien. Les fermetures d'universités et de collèges à but lucratif sont monnaie courante, et même des établissements publics ont vécu des crises budgétaires causées par une exposition accrue à la concurrence du marché, des inégalités léguées par l'histoire (dans le cas, par exemple, des collèges et universités historiquement noirs) et des compressions budgétaires motivées par des considérations politiques.

Le secteur américain de l'enseignement postsecondaire est [...] très différent du modèle canadien.

Depuis le début des années 1990, la mise en faillite en vertu du Chapitre 11 (restructuration) n'est pas une option viable pour les établissements américains qui reçoivent des fonds fédéraux du département de l'Éducation pour l'aide financière aux étudiants⁵⁹. Selon le code des faillites des États-Unis (*Bankruptcy Code*), les universités et les collèges sont considérés comme des débiteurs⁶⁰. Or, un établissement qui dépose une demande de mise en faillite n'est plus admissible à l'aide financière aux étudiants de niveau postsecondaire prévue au Titre IV de la loi sur l'enseignement supérieur (*Higher Education Act*)⁶¹. Il semble que ce changement ait été apporté afin

⁵⁹ Scott F. Norberg, « Bankruptcy and Higher Education Institutions » (2015) 23 American Bankruptcy Institute Law Review 385.

⁶⁰ *Bankruptcy Code*, § 109, la disposition [traduction] « Personnes qui peuvent être un débiteur » exclut d'autres établissements spécialisés comme les chemins de fer et les banques.

⁶¹ La définition d'« établissement d'enseignement supérieur » n'englobe pas les établissements qui ont déposé une demande de mise en faillite : 20 USC § 1002 (a)(4)(A).

d'empêcher les établissements insolvable de se protéger de la faillite tout en continuant d'admettre des étudiants, alors qu'ils sont incapables de rembourser leurs prêts⁶². Une autre raison est que [traduction] « tout établissement qui doit se déclarer en faillite est trop risqué pour qu'on y parie l'argent des contribuables, et trop risqué pour qu'on permette à des étudiants de s'y inscrire⁶³. »

C'est pour cette raison que la majorité des établissements d'enseignement américains qui éprouvent de graves difficultés financières liquident leurs actifs en vertu du Chapitre 7 du code des faillites⁶⁴. Certains **se sont prévalus** du Chapitre 11 lorsqu'ils y ont vu un moyen plus

[L]a majorité des établissements d'enseignement américains qui éprouvent de graves difficultés financières liquident leurs actifs en vertu du Chapitre 7...

efficace de procéder à l'aliénation de biens⁶⁵ ou parce qu'ils étaient prêts à renoncer au financement prévu au Titre IV⁶⁶. Pour sa part, le professeur Matthew Bruckner a laissé entendre que les universités pourraient revêtir la qualité de « municipalités » au sens du Chapitre 9 (l'approche suivie par Detroit), qui assure une protection contre les créanciers en vertu d'un plan d'arrangement⁶⁷. Par « municipalités » on entend un large éventail d'entités gouvernementales, dont les villes, les comtés, les cantons, les services publics municipaux, les bureaux de perception et les districts scolaires⁶⁸. Toutefois, on ne recense pas d'exemple de l'application de ce processus aux universités. Qui plus est, seuls 12 États autorisent le recours au Chapitre 9. Cela revient

⁶² Norberg, précité à la note 57, aux p. 390 à 392. Norberg rejette cette justification dans son argumentation en faveur de la révocation de cette restriction.

⁶³ *Ibid.*, à la p. 392.

⁶⁴ Voir, par exemple, Mark Reilly, « McNally Smith College Files for Bankruptcy », *Minneapolis/St. Paul Business Journal*, 9 février 2018, en ligne : <www.bizjournals.com/twincities/news/2018/02/09/mcnally-smith-college-files-for-bankruptcy.html>.

⁶⁵ Voir, par exemple, la faillite sous le régime du chapitre 7 du collège privé Dowling dans l'État de New York : Rick Seltzer, « Closing out a College », *Inside Higher Ed*, 5 janvier 2017, en ligne : <www.insidehighered.com/news/2017/01/05/virginia-intermonts-campus-sale-begs-questions-how-colleges-close-accounts>.

⁶⁶ Voir, par exemple, la restructuration sous le régime du chapitre 11 du Collège Morris Brown : « How an Atlanta HBCU Fell into Bankruptcy », *The Atlanta Journal-Constitution*, 31 janvier 2018, en ligne : <www.ajc.com/news/local/morris-brown-college-timeline/l8aag6h6giHpHW84ExlAfM/>.

⁶⁷ Matthew Adam Bruckner, « Special Purpose Municipal Entities and Bankruptcy: The Case of Public Colleges » (2020) 36:2 *Emory Bankruptcy Developments Journal* 341, aux p. 367 et 368.

⁶⁸ Dans le code des faillites des États-Unis, le mot « municipalité » désigne une [traduction] « subdivision politique ou un organisme public ou une entité intervenant pour le compte de l'État » : 11 USC § 101(40) (2019).

à dire que la majorité des collèges et des universités aux États-Unis n'ont pas un accès fonctionnel à une procédure de restructuration en cas de faillite autre que la liquidation.

Plusieurs commentateurs sont d'avis que la loi américaine devrait être modifiée afin de permettre aux établissements d'enseignement supérieur de se prévaloir des dispositions du Chapitre 11⁶⁹. Ils fondent leur argumentation sur l'un ou plusieurs des motifs suivants : la motivation de principe initiale pour justifier l'interdiction était erronée; l'élargissement du pouvoir de surveillance des établissements conféré au département de l'Éducation répond aux considérations de principe initiales qui ont mené à l'interdiction; le problème du remboursement des prêts pourrait être réglé par une super-priorité accordée au département de l'Éducation; ou, simplement, [traduction] « les universités sont des entreprises également ». Le professeur Scott Norberg résume la situation ainsi⁷⁰ :

[Traduction] Comme pour toute autre entreprise fortement endettée qui génère un revenu supérieur à ses dépenses d'exploitation, et dont la valeur d'exploitation dépasse la valeur de liquidation, divers facteurs encouragent fortement les créanciers à s'entendre pour restructurer la dette. Toutefois, des problèmes d'action collective ou le dérapage des négociations entre le débiteur et le créancier peuvent compromettre la restructuration consensuelle. La faillite permettrait à l'établissement scolaire de restructurer sa dette, de préserver sa valeur d'exploitation au profit des créanciers, de maintenir en poste le corps professoral et le personnel, de poursuivre ses relations avec ses fournisseurs et de contribuer à protéger l'assiette fiscale locale. Le spectre de la faillite fournit une incitation supplémentaire aux créanciers, en particulier le créancier hypothécaire, de restructurer la dette de l'établissement.

Il poursuit en soutenant que l'interdiction de mise en faillite « pourrait donner un poids excessif aux créanciers autres que le département de l'Éducation », qui pourraient alors « exiger des changements au plan d'exploitation de l'établissement susceptibles d'entrer en contradiction avec les normes de qualité des programmes⁷¹. » À l'inverse, il présente le tribunal de la faillite comme un « tribunal neutre », en mesure « d'évaluer en toute impartialité le plan d'activités d'un établissement d'enseignement supérieur débiteur en tenant compte des intérêts concurrents des créanciers, d'une part, et de

⁶⁹ Voir, par exemple, Norberg, précité à la note 57, à la p. 399; Matthew Adam Bruckner, « Bankrupting Higher Education » (2017) 91 American Bankruptcy Law Journal 697, à la p. 698 (2017); Matthew Adam Bruckner, « Higher Ed 'Do Not Resuscitate' Orders » (2018) 106 Kentucky Law Journal 223, à la p. 228.

⁷⁰ Norberg, précité à la note 57, à la p. 398.

⁷¹ *Ibid.*, aux p. 398 et 399.

l'intérêt du débiteur à continuer d'offrir des programmes d'études de qualité, d'autre part⁷². »

Sur le marché américain de l'éducation, la privatisation est nettement plus fréquente et les établissements d'enseignement postsecondaire dépendent généralement davantage des fonds de sources privées, des droits de scolarité et du financement par emprunt.

Ces observations devraient être replacées dans leur contexte. Sur le marché américain de l'éducation, la privatisation est nettement plus fréquente et les établissements d'enseignement postsecondaire dépendent généralement davantage des fonds de sources privées, des droits de scolarité et du financement par emprunt. S'il est vrai que la réglementation relative aux droits de scolarité varie selon l'État, rares sont les États qui imposent un

plafonnement ou un gel des droits de scolarité, notamment pour les établissements privés qui, en bonne partie, ne sont pas réglementés⁷³. Dans le cas hypothétique du professeur Norberg, les droits de scolarité assurent 90 % du financement de la faculté de droit insolvable et proviennent en majeure partie de prêts d'études, alors que cette proportion s'élève à environ 40 % en Ontario⁷⁴. La faillite d'universités et de collèges privés en sol américain est fréquente; de 2000 à 2016, 160 établissements ont fermé leurs portes⁷⁵. Les principales exigences fédérales à respecter pour un établissement qui ferme impliquent la mise sur pied de programmes permettant aux étudiants de terminer leurs études dans d'autres établissements. Le département de l'Éducation emploie des contrôleurs préalablement nommés qui sont chargés de surveiller la

⁷² *Ibid.*, à la p. 399.

⁷³ Kyle Zinth et Matthew Smith, *Tuition-Setting Authority for Public Colleges and Universities*, Education Commission of the States, octobre 2012; Robert Kelchen, « An Analysis of Student Fees: The Roles of States and Institutions » (2016) 39:4 *Rev Higher Education* 597; Robert Kelchen et Sarah Pingel, *Post-secondary Tuition Capping and Freezing*, Education Commission of the States, novembre 2018.

⁷⁴ Statistique Canada, « Revenus des universités et des collèges conférant des grades universitaires », 29 juillet 2021, en ligne : www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3710002601&pickMembers%5B0%5D=1.7&pickMembers%5B1%5D=2.1&pickMembers%5B2%5D=4.1&cubeTimeFrame.startYear=2014+%2F+2015&cubeTimeFrame.endYear=2019+%2F+2020&referencePeriods=20140101%2C20190101&request_locale=fr.

⁷⁵ Michael B Goldstein et Jay Indyke, « Bankruptcy Benefits », *Trusteeship* 24:5, septembre/octobre 2016.

liquidation des établissements à but lucratif⁷⁶. Les fermetures ont augmenté durant la pandémie de COVID-19, quoique de nombreux établissements aient sans doute été sauvés par les mesures générales de stimulation financière de l'administration fédérale⁷⁷.

Par ailleurs, 24 établissements publics ont fermé dans la seule période de 2012-2013 à 2016-2017⁷⁸. Nous n'avons recensé aucune faillite déclarée par des universités ou des collèges recevant des fonds de l'État⁷⁹. En fait, les mécanismes les plus courants pour faire face aux difficultés financières semblent être les suivants : l'obtention d'un prêt d'urgence de l'État, en misant sur une augmentation du nombre d'inscriptions, la collecte de fonds et/ou des gains d'efficacité pour redresser la situation financière; la fusion avec un autre établissement public – collège ou université; ou la fermeture pure et simple, selon le gouvernement concerné et si tant est que la crise financière a été précipitée par la réduction intentionnelle des subventions de l'État.

Par exemple, de 2011 à 2018, l'État de la Géorgie a amalgamé 14 établissements en sept après avoir considérablement réduit le financement des universités, et l'Université du Wisconsin a fusionné ses 13 campus offrant des programmes de deux ans avec sept de ses collèges offrant des programmes de quatre ans⁸⁰. Il est arrivé également

⁷⁶ Voir, par exemple, le cas du Collège Corinthian : Richard Perez-Pena, « College Group Run for Profit Looks to Close or Sell Schools », *The New York Times*, 4 juillet 2014, en ligne : <www.nytimes.com/2014/07/05/education/corinthian-colleges-to-largely-shut-down.html>.

⁷⁷ Doug Lederman, « The Number of Colleges Continues to Shrink », *Inside Higher Ed*, 2 août 2021, en ligne : <www.insidehighered.com/news/2021/08/02/number-colleges-shrinks-again-including-publics-and-private-nonprofits>.

⁷⁸ Doug Lederman, « The Culling of Higher Ed Begins », *Inside Higher Ed*, 19 juillet 2017, en ligne : <www.insidehighered.com/news/2017/07/19/number-colleges-and-universities-drops-sharply-amid-economic-turmoil>.

⁷⁹ Dans une affaire en 2017, la fondation de bienfaisance de l'Université du Wisconsin (publique), Oshkosh, a déposé une demande de mise en faillite en vertu du Chapitre 11 après diverses révélations d'irrégularités financières : Nick Roll, « U Wisconsin-Oshkosh Foundation Declares Bankruptcy », *Inside Higher Ed*, 28 août 2017, en ligne : <www.insidehighered.com/quicktakes/2017/08/28/u-wisconsin-oshkosh-foundation-declares-bankruptcy>.

⁸⁰ Kelly Meyerhofer, « UW System Merger Approved. Here's When the Official Transfer Takes Place », *Wisconsin State Journal*, 30 juin 2018, en ligne : <madison.com/wsj/news/local/education/university/uw-system-merger-approved-here-s-when-the-officialtransfer/article_aa4d164b-4983-5306-ab53-b1e766bd465c.html>.

que des universités publiques achètent des campus privés⁸¹. Certains collèges communautaires publics ont aussi fait l'objet d'une mise sous séquestre par l'État, en vertu d'un pouvoir semblable à celui qui autorise le ministre, en Ontario, à placer des collèges sous administration⁸².

Bon nombre des universités publiques insolvable sont des établissements à prédominance noire. Par exemple, l'Université d'État de Chicago (CSU) était au bord de la faillite en 2016 en raison de la crise budgétaire de 2015 à 2017 en Illinois⁸³. Finalement, quelque 400 employés ont été mis à pied dans le contexte d'une réduction massive des programmes d'études et des services. Il semble que les changements de gouvernement survenus par la suite ont mené à une hausse du financement, car la CSU est restée ouverte.

Bon nombre des universités publiques [américaines] insolvable sont des établissements à prédominance noire.

L'Université Cheyney de Pennsylvanie, la première université traditionnellement noire du pays, s'est retrouvée à court d'argent en 2017 et a survécu grâce à des prêts d'urgence de 31 millions de dollars consentis par l'État pendant que l'ensemble du système universitaire de la Pennsylvanie était soumis à un examen⁸⁴. L'Université

⁸¹ Par exemple, l'Université d'État du Delaware a acheté le Collège Wesley, une faculté de sciences humaines (*liberal arts*) privée au Delaware, grâce à une subvention d'un million de dollars d'une fondation : Mark Eichmann, « Delaware State University completes acquisition of Wesley College », *Philadelphia Business Journal*, 2 juillet 2021, en ligne : www.bizjournals.com/philadelphia/news/2021/07/02/delaware-state-university-completes-acquisition-we.html.

⁸² Le Collège Compton, un collège communautaire public en Californie, a fait l'objet d'une mise sous séquestre par l'État en 2005 dans la foulée d'allégations de corruption et d'insolvabilité financière : Ashley A. Smith, « Comeback in Compton », *Inside Higher Ed*, 7 juin 2018, en ligne : www.insidehighered.com/news/2018/06/07/compton-college-comes-back-losing-accreditation. Il a accepté de poursuivre ses activités sous la tutelle d'un autre collège agréé, ce qu'il a fait pendant plus de 10 ans avant d'être de nouveau agréé en 2017 : Nanette Asimov, « City College near bankruptcy, audit says », *SFGate*, 18 septembre 2012, en ligne : www.sfgate.com/bayarea/article/CCSF-close-to-bankruptcy-state-report-says-3875651.php.

⁸³ Julie Bosman, « Chicago State, a Lifeline for Poor Blacks, Is Under Threat Itself », *The New York Times*, 9 avril 2016, en ligne : www.nytimes.com/2016/04/10/us/chicago-state-a-lifeline-for-poor-blacks-is-under-threat-itself.html.

⁸⁴ Bill Schackner, « Who thrives and who doesn't as Pa.'s state university system nears the edge », *Pittsburgh Post-Gazette*, 11 juin 2017, en ligne : www.post-gazette.com/news/education/2017/06/11/State-System-of-Higher-Education-college-APSCUF-Pennsylvania-Brogan-governor-legislature-cheyney-HBCU/stories/201706110089.

semble avoir pu combler ses déficits grâce à des compressions, à la renonciation par l'État d'une créance de 40 millions de dollars et à une intensification des activités de collecte de fonds⁸⁵.

Enfin, au fil des ans, plusieurs universités publiques se sont déclarées en situation de nécessité financière, ce qui leur a permis de licencier des membres du corps professoral permanent conformément aux lignes directrices de l'American Association of University Professors (**AAUP**). Tout comme c'est généralement le cas au Canada, la majorité des conventions collectives exigent qu'un préavis soit donné aux membres du corps professoral et que ceux-ci participent au processus décisionnel. Par exemple, en 2015, l'Université d'État de la Caroline du Sud a plaidé la situation de nécessité financière afin de faire face à une dette de 20 millions de dollars, ce que certains commentateurs ont qualifié [traduction] « d'équivalent de la faillite dans le milieu universitaire⁸⁶. » L'État lui a également accordé un délai supplémentaire de cinq ans pour rembourser un prêt de six millions de dollars. En 2019, l'Alaska a menacé de réduire de 135 millions de dollars son budget consacré à l'enseignement supérieur, ce qui a poussé l'Université de l'Alaska (University of Alaska System) à invoquer la situation de nécessité financière. Les annonces de ce type ont augmenté durant la pandémie de COVID-19⁸⁷.

Royaume-Uni

Notre examen n'a révélé aucune procédure d'insolvabilité commerciale entreprise par une université au Royaume-Uni. Toutefois, on envisage depuis longtemps l'hypothèse que des universités puissent déclarer faillite depuis l'entrée en vigueur de changements

⁸⁵ « A boost for Cheyney University: The school will keep its accreditation », *Pittsburgh Post-Gazette*, 26 novembre 2019, en ligne : <www.post-gazette.com/news/education/2019/11/26/Cheyney-University-accreditation-debt-Pennsylvania-Tom-Wolf-pledge-education/stories/201911260123>.

⁸⁶ Scott Jaschik, « South Carolina State U Declares Financial Exigency », *Inside Higher Ed*, 18 juin 2015, en ligne : <www.insidehighered.com/quicktakes/2015/06/18/south-carolina-state-u-declares-financial-exigency>; Peter Jacobs et Abby Jackson, « A 119-year-old college in South Carolina declared the equivalent of bankruptcy, and it's part of a bigger problem », *Business Insider*, 19 juin 2015, en ligne : <www.businessinsider.com/south-carolina-state-college-declared-the-equivalent-of-bankruptcy-2015-6>.

⁸⁷ Rick Seltzer, « Exigency Outlook Uncertain », *Inside Higher Ed*, 19 mai 2020, en ligne : <www.insidehighered.com/news/2020/05/19/college-leaders-consider-exigency-summer-nears-drawbacks-may-outweigh-benefits-many>. Entre autres exemples, notons ceux de la Missouri Western State University, de l'Université Lincoln (aussi au Missouri) et de la Central Washington University.

majeurs, à la fin des années 2000, qui ont supprimé le plafonnement des inscriptions et des frais de scolarité, intensifiant ainsi la concurrence entre les établissements⁸⁸. Cette situation a été tout particulièrement préjudiciable aux universités régionales et de petite taille. Jusqu'en 2018, le conseil chargé du financement de l'enseignement supérieur, le

Le gouvernement britannique a aussi instauré un nouveau régime d'insolvabilité applicable aux collèges [auxquels] la législation normale en matière d'insolvabilité commerciale s'appliquera.

Higher Education Funding Council, avait le pouvoir d'intervenir en octroyant des prêts ou de forcer la fusion d'établissements vulnérables, ce qui a créé toutes sortes d'amalgames⁸⁹. À partir de 2018, le conseil a été remplacé par un nouvel organisme de réglementation, l'*Office for Students*. En novembre 2018, le président de ce

bureau a dit aux universités qu'elles n'étaient pas trop grandes pour tomber en faillite et qu'elles ne bénéficieraient pas d'un plan de sauvetage⁹⁰.

Le gouvernement britannique a aussi instauré un nouveau régime d'insolvabilité applicable aux collèges (établissements d'enseignement complémentaire (*further education*)) en 2017⁹¹, entré en vigueur en 2019⁹². Auparavant, un régime de restructuration spécifique aux collèges prévoyait des examens de zone conduisant à une unité de restructuration interne au ministère de l'Éducation. Selon le nouveau modèle, c'est la législation normale en matière d'insolvabilité commerciale qui

⁸⁸ « What would happen if a UK university went bust? », *The Guardian*, 7 février 2017, en ligne : <www.theguardian.com/education/2017/feb/07/what-if-uk-university-goes-bust-ucas-students>; « How to deal with insolvency in higher education », *Pinsent Masons*, 6 mars 2018, en ligne : <www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/insolvency-in-higher-education>;

« Britain may soon have a bankrupt university », *The Economist*, 10 novembre 2018, en ligne : <www.economist.com/britain/2018/11/08/britain-may-soon-have-a-bankrupt-university>.

⁸⁹ Higher Education Funding Council for England, *Collaborations, alliances and mergers in higher education*, mars 2012; Mike Ratcliffe, « The Many Mergers of English Higher Education », *More Means Better*, 18 avril 2017, en ligne : <moremeansbetter.wordpress.com/2017/04/18/the-many-mergers-of-english-higher-education/>. Il y a également eu un nombre considérable de fusions entre collèges depuis les années 1990, et quatre fusions université-collège depuis 2015 : Association of Colleges, « College Mergers », 2021, en ligne : <www.aoc.co.uk/about-colleges/college-mergers>.

⁹⁰ Office for Students, « We will not bail out universities in financial difficulty, regulator chair says », 6 novembre 2018, en ligne : <www.officeforstudents.org.uk/news-blog-and-events/press-and-media/we-will-not-bail-out-universities-in-financial-difficulty-regulator-chair-says/>.

⁹¹ *Technical and Further Education Act 2017* (UK), ch. 19.

⁹² *The Further Education Bodies (Insolvency) Regulations 2019* (UK), SI 2019/138; Association of Colleges, « The new college insolvency regime », 24 janvier 2019, en ligne : <www.aoc.co.uk/news/the-new-college-insolvency-regime>.

s'appliquera aux collèges, y compris les procédures d'arrangement volontaire, d'administration, de liquidation et de mise sous séquestre⁹³. La loi établit toutefois une procédure d'administration spéciale en matière d'éducation qui vise à assurer la continuité des activités, un peu comme le font les régimes d'administration spéciaux existants dans les secteurs du logement social, des services postaux et de l'énergie⁹⁴.

Au Royaume-Uni, le secrétaire d'État peut ouvrir une procédure d'administration en matière d'éducation en présentant une requête en ce sens au tribunal. Ce dernier peut rendre une ordonnance d'administration uniquement s'il est convaincu que le collège est dans l'impossibilité de rembourser ses dettes ou est susceptible de se retrouver dans l'impossibilité de le faire. L'administrateur en matière d'éducation (un praticien de l'insolvabilité expressément nommé) peut atteindre cet objectif spécial en procédant comme suit :

- secourir l'établissement d'enseignement complémentaire en assurant la continuité de l'exploitation;
- transférer, en partie ou en totalité, l'activité dans laquelle est engagé l'établissement à un autre établissement;
- garder l'établissement ouvert jusqu'à ce que les étudiants actuels aient terminé leurs études;
- prendre les dispositions nécessaires pour que les étudiants actuels terminent leurs études dans un autre établissement.

Le gouvernement a annoncé qu'il entendait recourir à la voie non législative dans un premier temps, par exemple en ordonnant un examen indépendant des activités⁹⁵.

⁹³ Department of Education, *Further education bodies: insolvency guidance*, janvier 2020, aux p. 19 et 20, en ligne (pdf) :

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/858896/Further_Education_Bodies_Insolvency_Guidance.pdf.

⁹⁴ *Ibid.*, à la p. 20.

⁹⁵ *Ibid.*, aux p. 16 et 17.

Conformément à ces changements, il a également cessé d'octroyer une aide financière extraordinaire (financement d'urgence) aux collèges depuis avril 2019.

Il n'existe pas de procédure comparable à l'intention des universités britanniques (établissements d'enseignement supérieur (*higher education*)). Cependant, le gouvernement a mis sur pied un « régime de restructuration » applicable aux établissements qui risquent de se retrouver en situation d'insolvabilité par suite de la pandémie de COVID-19⁹⁶. Cette annonce a été faite dans la foulée d'un rapport sur les répercussions financières de la COVID-19 sur les universités, qui a abouti à la conclusion que l'insolvabilité pourrait guetter bon nombre d'entre elles faute d'un renflouement⁹⁷ :

[Traduction] La réaction du gouvernement sera déterminante pour l'avenir de ces établissements. Ce dernier pourrait établir un précédent en laissant les établissements devenir insolvable, ainsi qu'en permettant le réaménagement de dette, les fusions avec d'autres établissements ou les liquidations. Il pourrait également, à l'inverse, essayer d'empêcher cette éventualité par un renflouement, au moyen d'une hausse générale des subventions à la recherche et à l'enseignement ou d'une aide ciblée aux établissements en difficulté. À titre d'intervention plus ambitieuse, il pourrait aider les établissements en difficulté en faisant adopter des réformes générales, par exemple en augmentant le financement des cours de niveau inférieur au grade, tel que le recommandait l'*Augar Review*. Quelle que soit la réponse que le gouvernement choisira, la pandémie de COVID-19 est susceptible de laisser une empreinte durable dans le paysage de l'enseignement supérieur.

Le nouveau programme permettra aux universités de demander une aide à la restructuration sous forme de prêts conditionnels remboursables, bien que, là encore, [traduction] « rien ne garantit que ce seront toutes les organisations qui s'en

Le nouveau programme [britannique] permettra aux universités de demander une aide à la restructuration sous forme de prêts conditionnels remboursables...

⁹⁶ Department for Education, *Establishment of a Higher Education Restructuring Regime in Response to COVID-19*, juillet 2020, en ligne (pdf) : assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/902608/HERR_announcement_July_2020.pdf.

⁹⁷ Elaine Drayton et Ben Waltmann, *Will universities need a bailout to survive the COVID-19 crisis?*, Institute for Fiscal Studies, IFS Briefing Note BN300, juillet 2020, à la p. 27, en ligne (pdf) : ifs.org.uk/uploads/BN300-Will-universities-need-bailout-survive-COVID-19-crisis.pdf.

sortiront⁹⁸. » Les demandes doivent être soumises par l'intermédiaire de l'unité de restructuration de l'enseignement supérieur (*Higher Education Restructuring Unit*), qui est dotée de « professionnels de la restructuration » qui géreront ces demandes en toute confidentialité et au cas par cas⁹⁹. Suivra une étape de tri et d'examen indépendant des activités, après quoi un plan de restructuration sera élaboré puis soumis à l'approbation potentielle du secrétaire à l'Éducation. Ce dernier n'approuvera une demande que si elle répond aux critères suivants¹⁰⁰ [traduction] :

- Une intervention est clairement justifiée du point de vue économique et de l'optimisation des ressources : ce ne sont pas à tous les prestataires d'enseignement supérieur (PES) qu'on évitera de quitter le marché. L'intervention devrait être une mesure de dernier recours, adoptée quand toutes les autres options financières ont été épuisées, y compris les programmes gouvernementaux de soutien aux entreprises liés à la COVID-19;
- Les problèmes découlent de la COVID-19, et la restructuration mènera à un modèle clair et durable de prévoyance pour l'avenir, ce qui signifie que les PES ne devraient pas avoir besoin d'une aide supplémentaire;
- La défaillance du PES porterait un préjudice considérable à l'économie nationale ou locale ou à la société (par exemple, elle risque de causer la perte d'un prestataire de recherche ou d'éducation de qualité supérieure, l'interruption de travaux de recherche sur la COVID-19 ou de la prestation de soins, ou la perturbation globale des objectifs stratégiques, y compris une incidence importante sur les résultats des étudiants).

Les objectifs stratégiques déclarés consistent en ceci : protéger le bien-être des étudiants actuels; soutenir le rôle joué par les établissements dans les économies régionales et locales grâce à la dispense de cours de qualité supérieure adaptés aux besoins économiques et de la société; et préserver la base scientifique de renommée internationale du secteur. Le financement sera vraisemblablement subordonné à des résultats axés sur le rendement comme les taux d'obtention de diplôme et l'emploi futur (l'accent étant mis sur les programmes de STIM), ainsi qu'à la réduction des charges

⁹⁸ *Ibid.*, à la p. 3.

⁹⁹ Department of Education, *Higher Education Restructuring Regime: Guidance for Applicants*, décembre 2020, en ligne (pdf) : assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/944590/Guidance_for_applicants_to_HERR_December_2020.pdf.

¹⁰⁰ *Ibid.*, à la p. 4.

administratives et(ou) à la fermeture de campus non viables¹⁰¹. Hormis ce nouveau régime, les procédures formelles de mise en faillite sont inédites pour les universités britanniques¹⁰².

Australie

Nous n'avons recensé aucune université publique qui ait ouvert une procédure d'insolvabilité commerciale en Australie. Toutefois, tout comme au Royaume-Uni, il y a eu des spéculations quant à l'insolvabilité des universités, y compris avant la pandémie de COVID-19¹⁰³.

L'Australie s'est dotée d'une loi qui permet de réagir à la crise de liquidité d'une université en lui accordant un prêt d'urgence...

L'Australie s'est dotée d'une loi qui permet de réagir à la crise de liquidité d'une université en lui accordant un prêt d'urgence et en le récupérant grâce à une réduction de la subvention d'exploitation au cours des trois années suivantes. L'article 33-40 de la loi sur le soutien à l'enseignement supérieur (*Higher Education Support Act 2003 (HESA)*) autorise le ministre à verser des avances de fonds [traduction] « aux fins que le ministre juge nécessaires¹⁰⁴. » Selon les lignes directrices relatives au dispositif de subventions du Commonwealth (*Commonwealth Grant Scheme Guidelines*), ces fins possibles sont les suivantes¹⁰⁵ :

¹⁰¹ *Establishment of a Higher Education Restructuring Regime in Response to COVID-19*, aux p. 3 et 4.

¹⁰² David Kernohan, « Understanding insolvency in higher education », *Wonkhe*, 5 octobre 2020, en ligne : <wonkhe.com/blogs/understanding-insolvency-in-higher-education/>.

¹⁰³ Voir, par exemple, « Number of Australian universities in deficit doubles », *The World University Rankings*, 1^{er} novembre 2018, en ligne : <www.timeshighereducation.com/news/number-australian-universities-deficit-doubles>; « Without international students, Australia's universities will downsize – and some might collapse altogether », *The Conversation*, 8 avril 2020, en ligne : <theconversation.com/without-international-students-australias-universities-will-downsize-and-some-might-collapse-altogether-132869>.

¹⁰⁴ *Higher Education Support Act 2003*, 2003/149, para. 33-40(1), en ligne : <www.legislation.gov.au/Details/C2020C00078> [HESA].

¹⁰⁵ *Commonwealth Grant Scheme Guidelines 2020 (No 3)*, 30 juillet 2021, art. 16, en ligne : <www.legislation.gov.au/Details/F2021C00851>. Le régime de subventions du Commonwealth est la principale source de fonds gouvernementaux destinés aux universités australiennes. Les fonds sont alloués en fonction du nombre d'étudiants australiens équivalents à temps plein bénéficiant de places subventionnées par le gouvernement.

- a) Aider les prestataires à composer avec les répercussions de la restructuration sur leur flux de trésorerie;
- b) Mettre en œuvre des ajustements découlant spécifiquement des conséquences des changements apportés à la politique du Commonwealth sur le versement des subventions;
- c) Rationaliser les niveaux de dotation, les cours et l'infrastructure tant au sein des établissements prestataires qu'entre eux;
- d) Contribuer à réaliser de véritables améliorations de la productivité dans le domaine de la réforme du milieu de travail;
- e) Mettre en œuvre des décisions explicites visant à restructurer le profil éducatif d'un prestataire;
- f) Toute autre fin déterminée par le ministre.

Le montant total des avances est plafonné, par règlement, à 25 millions de dollars¹⁰⁶. Le prêt doit être remboursé au moyen d'une diminution du montant des subventions ultérieures sur une période maximale de trois ans. Un modèle semblable a été proposé comme solution de rechange dans le contexte de la Laurentienne¹⁰⁷. Selon un commentateur, l'article 33-40 envisage une restructuration à plus long terme plutôt que des baisses de revenus temporaires, ce qui pourrait expliquer pourquoi il n'a pas été invoqué durant la pandémie de COVID-19¹⁰⁸. La HESA renferme également une disposition (l'article 41-10) qui prévoit l'octroi de subventions « pour appuyer un ajustement structurel », bien que l'intention au départ n'ait pas été d'en faire une mesure d'urgence¹⁰⁹.

D. Conclusion

Les dispositions relatives à une situation de nécessité financière comprises dans les conventions collectives créent un processus de restructuration mieux adapté aux aspects du système universitaire touchant l'intérêt public, y compris les programmes d'études, les modalités de financement public, la gouvernance collégiale et les relations

¹⁰⁶ *Higher Education (Maximum Amount for Special Purpose Advances) Specification 2012*, art. 3, en ligne : <www.legislation.gov.au/Details/F2012L02476>.

¹⁰⁷ Voir Alex Usher, « Laurentian Blues (8) – Causes, Fault and Lessons », précité à la note 21.

¹⁰⁸ Andrew Norton, « What happens if a university needs bailing out? », article de blogue, 11 mars 2020, en ligne : <andrewnorton.net.au/2020/03/11/what-happens-if-a-university-needs-bailing-out/>.

¹⁰⁹ HESA, précité à la note 102, para. 41-10(1), point 9B.

de travail en milieu universitaire. Tout processus de restructuration devrait réserver un rôle central au sénat de l'université, ainsi qu'aux autres parties prenantes touchées. L'ACPPU devrait élaborer un « code modèle actualisé en cas de situation de nécessité financière », qui réunirait ces principes, processus et rôles et pourrait être invoqué dans divers contextes de défense des intérêts.

Le gouvernement de l'Ontario contrôle les principales sources de financement des universités ontariennes (droits de scolarité et subventions d'exploitation). Il a cherché à exercer sur l'ensemble du secteur de l'enseignement postsecondaire une mainmise et une coordination accrues, ainsi qu'à limiter, par principe, le financement public. À cette fin, des ententes de mandat stratégiques ont été établies pour guider l'offre de programmes dans les universités ontariennes, mais elles ne traitent pas des principes ou des procédures de restructuration. Malgré la nature problématique des mesures de financement axé sur le rendement en général, rien ne prouve qu'il y ait un risque de pertes de financement importantes à court terme.

Toutefois, les cadres législatifs qui s'appliquent aux universités ontariennes, contrairement à ceux visant le système collégial ontarien, ne prévoient pas un ensemble clair de pouvoirs permettant au ministre ou à d'autres acteurs gouvernementaux d'intervenir dans les affaires universitaires ou de superviser un processus de restructuration.

Des tensions et des problèmes similaires concernant les systèmes universitaires ont été exprimés dans d'autres pays de common law. Dans certains cas, des pressions sont exercées pour rendre les procédures d'insolvabilité commerciale accessibles aux universités, qui ne sont pas facilement applicables aux organisations financées par les deniers publics. Une nouvelle approche consiste à modifier ou à compléter les procédures d'insolvabilité commerciale par l'ajout de pouvoirs et de processus spéciaux qui tiennent compte de la singularité du mandat et des caractéristiques des universités, comme au Royaume-Uni. Une autre préconise d'éviter les procédures d'insolvabilité commerciale et de recourir plutôt aux pouvoirs du gouvernement d'accorder des

ressources financières d'urgence assorties de conditions aux fins de restructuration, comme en Australie.

Points à retenir

1. *Les principes sous-tendant la restructuration d'une université devraient comprendre la primauté du mandat académique; la transparence et l'annonce précoce de la situation financière; l'examen de tous les moyens de réaliser des économies de coûts et de toutes les sources de revenus possibles (y compris le gouvernement); l'attribution d'un rôle de premier plan au sénat universitaire et aux groupes d'employés; et une procédure méthodique pour les réductions budgétaires et les licenciements reflétant les normes en matière de relations de travail.*
2. *L'ACPPU devrait élaborer un code modèle actualisé en cas de situation de nécessité financière, de sorte qu'il puisse être utilisé dans les négociations, aux fins de la réforme du droit et dans des arguments juridiques lors de processus de restructuration.*
3. *Bien que les ententes de mandat stratégiques constituent le principal cadre de financement des universités, la position du gouvernement de l'Ontario en vertu de ces ententes advenant une situation d'insolvabilité n'est pas claire.*
4. *Quelques pouvoirs existants conférés par la loi autorisent explicitement le financement provisoire ou les interventions du ministère lorsqu'une université traverse une crise financière.*
5. *Des exemples provenant d'autres pays semblent indiquer qu'il existe des solutions de rechange aux procédures de restructuration commerciale qui pourraient être adoptées au Canada.*

VII. Options de réforme du droit de l'insolvabilité applicables aux universités

Résumé

L'une des réponses immédiates au dépôt d'une procédure sous le régime de la LACC par l'Université Laurentienne a été de demander d'interdire le recours à ce type de procédure par les organisations financées par les deniers publics. D'autres réformes de la LACC sont possibles en vue de codifier les principes articulés dans le chapitre précédant pour guider la restructuration des universités. Les réformes pourraient consister, entre autres, à exiger la participation active des bailleurs de fonds publics au processus engagé en vertu de la LACC et à l'approbation de toute transaction finale ou de tout plan d'arrangement final. Il serait possible également d'établir des processus de restructuration en dehors du régime de la LACC. Trois grands modèles sont utilisés, jusqu'à un certain point, au Canada et dans d'autres pays. Le premier prévoit le versement d'une aide financière d'urgence assortie de conditions, dans le cadre d'un processus encadré par le ministre. Le deuxième place les universités sous administration provisoire. Le troisième se résume en la création d'une loi de restructuration autonome, spécifique au secteur, comme celles adoptées au Canada en matière d'endettement agricole ou à l'intention de certaines institutions financières.

Le chapitre précédent fait état d'un ensemble de principes qui devraient s'appliquer à la restructuration d'une université en Ontario et qui sont fondés, en partie, sur le caractère public de l'université et le modèle de gouvernance unique que les universités ontariennes ont élaboré et utilisent depuis la commission Flavelle de 1905¹.

Ces principes sont les suivants : la primauté du mandat académique; la transparence et la communication à point nommé des renseignements financiers et autres; la participation du bailleur de fonds publics à la procédure, en particulier en ce qui a trait au versement d'une aide financière et à la coordination des répercussions sur le secteur dans son ensemble; la participation du conseil des gouverneurs et du sénat universitaire conformément aux mandats qui leur ont été conférés par la loi; et la

¹ Glen A. Jones, Theresa Shanahan et Paul Goyan, « University governance in Canadian higher education » (2001) 7:2 *Tertiary Education & Management* 135.

participation des cadres dirigeants et des groupes d'employés touchés. À cela pourraient s'ajouter également les principes tirés de normes en matière de relations de travail : toutes les sources de financement et tous les gains d'efficience doivent être envisagés avant de réduire les effectifs; des programmes de départ volontaire et des réaffectations devraient être offerts dans la mesure du possible avant de procéder à des mises à pied ou de déclarer des postes excédentaires; et les mises à pied devraient être effectuées en fonction de la durée de service (en apportant d'éventuelles modifications pour tenir compte de la discrimination systémique potentiellement engendrée par l'application stricte de l'ordre inverse d'ancienneté aux titulaires de postes permanents)².

[I]l n'y a pas d'obligation légale claire pour le bailleur de fonds publics d'une compagnie débitrice de participer de manière significative à une procédure intentée sous le régime de la LACC...

En dépit des vastes pouvoirs et du processus flexible prévus par la LACC, les chapitres précédents ont montré qu'une telle flexibilité s'accompagne de certaines lacunes. Premièrement, il n'y a pas d'obligation légale claire pour le bailleur de fonds publics d'une compagnie débitrice de participer de manière significative à une procédure intentée sous le régime de la LACC, malgré son rôle financier clé. La réticence (probablement intentionnelle) du gouvernement à intervenir a encouragé ce processus de privatisation sans qu'il n'en assume la responsabilité.

Deuxièmement, il est possible de structurer une procédure en vertu de la LACC de façon telle que certains créanciers de la même catégorie n'aient pas besoin d'accepter une transaction visant leurs réclamations, l'accent de toute transaction étant mis sur une sous-catégorie de créanciers en particulier (dans le cas de la Laurentienne, principalement les groupes d'employés jusqu'à présent).

² Voir Association canadienne des professeures et professeurs d'université, « Nécessité financière et licenciements » (dernière révision 2009), note n° 2, en ligne : <<https://www.caut.ca/fr/au-sujet/politiques-generales-de-l-acppu/lists/politiques-generales-de-l-acppu/énoncé-de-principes-sur-la-nécessité-financière-et-les-licenciements>>.

Ces lacunes mènent à des circonstances que les parties contractantes ont cherché à éviter (en négociant un libellé explicite en cas de situation de nécessité financière) et que les tribunaux chargés d'appliquer la LACC ont aussi, à l'occasion, essayé d'éviter, à savoir : le recours à la restructuration comme moyen de cibler (de manière inappropriée) une partie prenante en particulier pour la forcer à faire des concessions.

Dans le présent chapitre, il sera question des réformes possibles pour combler ces lacunes, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du cadre de la LACC. La première catégorie comprend les modifications législatives visant à empêcher les organisations financées par les deniers publics d'instituer une procédure sous le régime de la LACC; à exiger la participation active du bailleur de fonds publics à la procédure et à l'approbation de la transaction finale ou du plan d'arrangement final; et à enjoindre aux tribunaux d'envisager des principes mieux adaptés à la restructuration des universités.

Avant d'apporter ces modifications législatives ou en complément à celles-ci, des démarches pourraient être entreprises pour intégrer aux ordonnances types rendues par un tribunal chargé d'appliquer la LACC des modalités spécifiques par défaut qui traitent des mêmes questions. Les réformes en dehors du régime de la LACC passent par la création de pouvoirs – ou l'élargissement des pouvoirs existants – conférés à un ministre en vertu des lois provinciales applicables aux universités, afin de rendre possible le dépôt de demandes de financement d'urgence assorti de conditions ou d'habiliter le ministre à placer les universités sous administration provisoire. Une loi de restructuration spécifique au secteur pourrait également être adoptée. Nous analysons chaque option plus en détail dans la section qui suit.

A. Réformes de la LACC

Soustraire à l'application de la LACC les établissements financés par les deniers publics

L'une des premières mesures législatives proposées en réponse à la procédure instituée par la Laurentienne sous le régime de la LACC a été le dépôt devant le

Parlement d'un projet de loi d'initiative parlementaire, le projet de loi C-288, qui aurait modifié la définition de « compagnie » dans la LACC en ces termes³ :

« compagnie » Toute personne morale constituée par une loi fédérale ou provinciale ou sous son régime et toute personne morale qui possède un actif ou exerce des activités au Canada, quel que soit l'endroit où elle a été constituée, ainsi que toute fiducie de revenu. La présente définition exclut :

a) les établissements d'enseignement postsecondaire qui reçoivent d'un gouvernement ou d'une municipalité des fonds destinés à les aider à offrir des services d'enseignement au public de façon continue;

b) les banques et les banques étrangères autorisées, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques*;

c) les compagnies de télégraphe;

d) les compagnies d'assurances;

e) les sociétés auxquelles s'applique la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*.

Cette modification aurait pour effet d'empêcher la plupart des universités [canadiennes] financées par les deniers publics de présenter une demande au titre de la LACC.

Cette modification aurait pour effet d'empêcher la plupart des universités financées par les deniers publics de présenter une demande au titre de la LACC. Sa portée est probablement plus large que cela : elle pourrait exclure des collèges et d'autres « établissements d'enseignement » postsecondaire qui reçoivent d'une province ou d'une municipalité

des fonds destinés à la prestation de services d'enseignement au public. Cette définition pourrait englober, par exemple, les établissements d'enseignement postsecondaire qui reçoivent des fonds d'organismes subventionnaires.

Au moins deux considérations doivent être prises en compte en lien avec ce type d'exclusion. La première a trait à la portée de l'exclusion même. Dans l'exemple du projet de loi C-288, il pourrait y avoir des problèmes liminaires associés à la portée des

³ Projet de loi C-288, *Loi modifiant la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, 2^e session, 43^e législature, 2021 (première lecture 21 avril 2021), en ligne : <www.parl.ca/DocumentViewer/fr/43-2/projet-loi/C-288/premiere-lecture>.

établissements d'enseignement postsecondaire financés par les deniers publics comme ceux que nous venons de décrire, mais l'objectif derrière l'exclusion est sans équivoque : empêcher les universités d'invoquer la LACC.

Des questions similaires sur la portée se posent lorsqu'on applique le même principe à des organismes de secteur parapublic⁴. Par exemple, les hôpitaux et les organismes de services sociaux, dont la majorité bénéficient d'un important

[Les universités] [...] les hôpitaux et les organismes de services sociaux [...] devraient-ils aussi être exclus de la LACC?

financement public pour assurer la prestation de leurs services au public, devraient-ils aussi être exclus de la LACC? Il s'agit d'un choix stratégique qui pourrait sembler souhaitable, mais la ligne de démarcation entre le public et le privé dépendra en grande partie des relations de gouvernance et de financement de ces organismes et des types de services qu'ils fournissent.

La deuxième considération connexe est la suivante : si la LACC n'est pas accessible comme instrument et processus de restructuration, que devraient alors faire ces établissements pour se restructurer en cas de crise financière ou autre? Comme l'indique notre examen des tendances dans d'autres pays au chapitre 6, ces questions se posent sur la scène internationale en ce qui concerne tant les systèmes universitaires que le secteur parapublic.

Il semble que, par le passé, la restructuration d'organismes des secteurs public et parapublic soit survenue de façon ponctuelle ou ait été effectuée d'une manière coordonnée par un ensemble de réformes encadrées par les autorités gouvernementales compétentes. Chaque secteur ou sous-secteur d'organismes financés par les deniers publics peut nécessiter des considérations différentes. En outre, tel que nous l'avons décrit au chapitre 3, la LACC a vu sa portée s'élargir au fil du

⁴ On pourrait définir le « secteur parapublic » comme étant celui des organismes qui reçoivent des fonds du gouvernement sans toutefois en faire partie, notamment les hôpitaux, les universités, les collèges et les conseils scolaires : Voir, par exemple, Gouvernement de l'Ontario, « Responsabilisation du secteur parapublic » (dernière mise à jour le 12 août 2021), en ligne : <www.ontario.ca/fr/page/responsabilisation-du-secteur-parapublic-responsabilisation-du-secteur-parapublic>.

temps, en partie à la lumière de l'interprétation faite par les juges des restrictions explicites existantes. S'il est vrai qu'une modification pourrait dissuader les universités de déposer une demande au titre de la LACC et les juges, de l'accepter, sans solution de rechange claire, cela risquerait de susciter une intervention similaire à l'avenir.

Rôle du bailleur de fonds publics

Une deuxième réforme de la LACC pourrait agir sur un problème différent évoqué ci-dessus, à savoir le rôle du bailleur de fonds publics.

L'une des critiques les plus souvent formulées au sujet de la procédure d'insolvabilité intentée par la Laurentienne veut que le gouvernement ontarien n'y ait pas participé activement de façon concrète. Manifestement intentionnelle, cette approche a semblé coordonnée avec la haute direction de l'université (mais nous ne connaissons ni la chronologie ni l'ampleur exactes, car les communications clés ont été scellées).

Ce n'est pas logique, ni la marque d'une bonne politique, que la partie prenante qui a une mainmise directe sur la principale source de financement et une mainmise indirecte sur la gouvernance évite de participer au processus de restructuration. Mais de manière plus fondamentale, sans une idée précise du montant du financement public et de ce à quoi on peut s'attendre à l'avenir (notamment si les fonds seront augmentés, gelés ou même réduits), il est impossible d'évaluer pleinement la viabilité de l'université.

Ce n'est pas logique, ni la marque d'une bonne politique, que [le gouvernement] évite de participer au processus de restructuration.

[L]a LACC pourrait être modifiée de manière à donner au tribunal le pouvoir exprès [...] de contraindre le bailleur de fonds publics [...] à participer aux procédures...

Les modifications apportées à la LACC pourraient encadrer le rôle des bailleurs de fonds gouvernementaux lorsque des universités demandent une protection contre leurs créanciers en vertu de la LACC. Par exemple, la LACC pourrait être modifiée de manière à donner au tribunal le pouvoir exprès, en

vertu de l'article 11, de contraindre le bailleur de fonds publics d'une organisation à participer aux procédures sous réserve des conditions qu'il « estime indiquées ». Notons également que l'article 40 lie la Couronne aux ordonnances du tribunal. Les modifications à l'article 11 pourraient exiger expressément du bailleur de fonds publics qu'il participe à la communication d'information et aux négociations de la compagnie débitrice, y compris à la prise de positions au sujet du financement provisoire et du financement projeté.

En outre, l'homologation d'une transaction ou d'un arrangement par le tribunal, en vertu de l'article 6 de la LACC, pourrait être assujettie à la participation et à l'approbation du bailleur de fonds gouvernementaux. À l'heure actuelle, cet article impose diverses conditions à l'homologation des transactions ou des arrangements par le tribunal, notamment le paiement de certaines sommes dues aux employés et à la Couronne⁵. Les modifications apportées à l'article 6 pourraient ajouter d'autres conditions concernant le rôle et les contributions financières du bailleur de fonds publics. Ces conditions de « sortie » encourageraient la participation active du gouvernement au processus de restructuration et montreraient clairement qu'il a un rôle clé à jouer dans l'avenir de l'établissement.

Orienter le tribunal sur les considérations relatives aux établissements financés par les deniers publics

Une troisième option consisterait à modifier la LACC afin d'inclure des facteurs dont devra tenir compte un tribunal appelé à rendre une ordonnance visant une université publique (y compris en ce qui a trait à la demande initiale ou à l'homologation d'un plan ou d'une transaction). Des obligations semblables pourraient être imposées au contrôleur. Ces facteurs pourraient refléter les principes énoncés au chapitre 6. Par exemple, pour décider s'il rend une ordonnance, le tribunal devrait prendre en considération (entre autres facteurs pertinents) :

⁵ Voir l'annexe C : Protections des employés dans les procédures de restructuration.

- la question de savoir si le demandeur reçoit un niveau de financement public significatif pour la prestation de services au public;
- le mandat d'utilité publique du demandeur, ainsi que les groupes et les clientèles qu'il est censé desservir;
- la question de savoir si un mécanisme de restructuration du débiteur-exploitant est indiqué au vu de la manière dont l'administration a géré les finances de l'établissement dans la période qui a mené à ses difficultés financières, ou si une autre procédure serait appropriée (p. ex. des négociations bilatérales plus ciblées ou un examen de la gouvernance);
- les parties prenantes touchées par l'insolvabilité du demandeur et les intérêts propres à chacune, surtout si elles ne relèvent pas du milieu financier;
- les objectifs principaux de la restructuration, en tenant compte du fait qu'ils pourraient avoir un caractère autre que financier;
- le rôle et la position du principal bailleur ou des principaux bailleurs de fonds publics du demandeur;
- le rôle et la position de l'accord ou des accords de gouvernance du demandeur;
- la question de savoir si le demandeur jouit de la confiance de ses principaux créanciers ainsi que de celle de ses employés;
- la question de savoir si l'ordonnance causera un préjudice sérieux à l'un des créanciers ou à l'une des parties prenantes (y compris les employés) et, le cas échéant, dans quelle mesure.

Ces suggestions sont fondées sur notre compréhension de la LACC et de sa jurisprudence. Les considérations mêmes qui doivent guider la prise de décisions pourraient se rapporter plus spécifiquement à un cas particulier, voire au secteur d'un établissement financé par les deniers publics. Elles pourraient également se distinguer

de celles qui existent actuellement en vertu de la LACC et de la jurisprudence, car elles reflètent le paradigme commercial et à but lucratif⁶.

Nous présentons maintenant quelques observations sur l'utilité des modifications à la LACC. La première est que ces dernières nécessitent la coopération des gouvernements et que les processus de réforme du droit peuvent être longs et compliqués. Par conséquent, dans la mesure du possible, nous avons cerné des mesures que les parties prenantes pourraient prendre dans le cadre des dispositions existantes de la LACC, notamment modifier les ordonnances types ou présenter des arguments devant les tribunaux.

La LACC étant fondée sur le principe du cas par cas, même en l'absence de modification législative, ces considérations peuvent être invoquées devant le tribunal en réponse au dépôt d'une demande sous le régime de la LACC. Essentiellement, les groupes

Il est possible, dans une certaine mesure, d'infléchir légèrement les procédures de façon à renforcer les droits de participation des parties prenantes...

syndicaux peuvent avoir leurs arguments à portée de main et être prêts à répondre, ou à intervenir, dans le contexte d'un dépôt ultérieur au titre de la LACC où de telles questions seront soulevées. Comme nous l'expliquions au chapitre 3, l'évolution de la jurisprudence moderne découlant de l'application de la LACC passe par les tribunaux plutôt que par le parlement⁷. De plus, il est courant de voir des groupes d'intérêt intervenir dans des décisions importantes prises en vertu de la LACC, quoique ce soit habituellement dans des affaires portées en appel⁸. Il existe donc des possibilités et

⁶ À titre de comparaison, les sociétés par actions offrent certaines protections (limitées) des droits des employés en imposant des obligations juridiques aux administrateurs. Ces obligations interagissent avec le processus de la LACC et les ordonnances du tribunal (y compris les ordonnances initiales). Toutefois, elles n'existent pas en tant que telles dans les statuts des universités et pourraient devoir être articulées explicitement à titre de considérations. Il peut arriver en fait que les obligations des administrateurs d'université soient régies par le droit applicable aux organismes de bienfaisance : voir Brent Davis, « Governance and administration of post-secondary institutions in Canada », dans *Handbook of Canadian Higher Education Law*, sous la direction de Teresa Shanahan, Michelle Nilson et Li-Jeen Broshko, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015, aux p. 74 et 75.

⁷ Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A History of the Companies' Creditors Arrangement Act*, Toronto, University of Toronto Press, 2020, à la p. 146.

⁸ *Ibid.*, à la p. 174. C'est pour cette raison qu'on voit de plus en plus de groupes touchés agir à titre d'intervenants dans des affaires importantes jugées sous le régime de la LACC. Voir, par exemple,

points d'entrée pour tenter d'influencer le déroulement d'une procédure déposée sous le régime de la LACC. Il est possible, dans une certaine mesure, d'infléchir légèrement les procédures de façon à renforcer les droits de participation des parties prenantes, ce qui, espérons-le, réduirait en partie les asymétries de l'information et permettrait à un plus vaste éventail de parties touchées (et non aux créanciers importants seulement) de présenter des arguments fondés sur l'intérêt public devant les tribunaux.

Par exemple, des décisions récentes rendues en application de la LACC concernant l'insolvabilité de plusieurs grandes entreprises de l'industrie du tabac ont ouvert la voie à la reconnaissance d'« acteurs sociaux » à vocation non commerciale dans une restructuration commerciale en accordant à ces groupes certains droits de participation⁹. Compte tenu de cette évolution de la jurisprudence, on peut supposer que des parties prenantes universitaires n'appartenant pas au milieu financier – comme l'ACPPU, le SCFP et le Congrès du travail du Canada – pourraient être reconnues et se voir accorder un statut semblable.

Nous tenons toutefois à souligner qu'au bout du compte, ces faits nouveaux sont très peu susceptibles de changer fondamentalement le cours de la jurisprudence et que, de par leur nature, ils impliquent la participation à un processus mal adapté à l'objectif de restructuration d'une organisation financée par les deniers publics.

Modifier les ordonnances types

Afin de compléter les pouvoirs existants des tribunaux en vertu de la LACC, ou en coordination avec les modifications que nous venons de suggérer, les parties prenantes pourraient prôner des modifications à des outils procéduraux clés utilisés dans les procédures déposées sous le régime de la LACC, afin de refléter les principes susmentionnés.

l'affaire *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, dans laquelle les groupes suivants avaient le statut d'intervenants : Institut d'insolvabilité du Canada, Congrès du travail du Canada, Fédération canadienne des retraités, Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation, et l'Association des banquiers canadiens.

⁹ Virginia Torrie et Vern DaRe, « The Participation of Social Stakeholders in CCAA Proceedings » (2020) 17 Annual Rev Insolvency Law 369.

Les « ordonnances par défaut » sont l'un de ces outils clés. Ce sont des ordonnances au libellé normalisé qu'un tribunal rend dans le cadre d'une procédure. Par exemple, les ordonnances initiales types existantes traitent des exigences comme la nomination d'un contrôleur ou l'approbation du financement du débiteur-exploitant¹⁰. Ces documents visent à refléter les exigences de la loi, le consensus issu de la jurisprudence applicable et les recommandations des juges, des praticiens et d'autres parties prenantes.

Ainsi, par exemple, les principes et les processus intégrés au code modèle en cas de situation de nécessité financière décrit au chapitre 6 pourraient servir de base à l'établissement de nouvelles modalités par défaut dans les ordonnances initiales rendues par les tribunaux chargés d'appliquer la LACC. Les ordonnances initiales renferment également, généralement, des modalités portant sur les intérêts des employés, comme nous le mentionnons à l'annexe C.

Les ordonnances types reflètent dans une certaine mesure le statut de la législation existante et les exigences de la LACC, mais il pourrait être possible d'élaborer de nouvelles règles par défaut, en particulier lorsque la jurisprudence existante n'est pas assez étoffée – comme c'est le cas pour les universités publiques. Évidemment, ces modalités demeureraient susceptibles d'être modifiées selon la procédure, mais elles pourraient constituer un ensemble de conditions par défaut (et d'attentes) qui nécessiteraient une explication en cas de modification. Les ordonnances types rendues par les tribunaux en vertu de la LACC sont généralement formulées avec l'apport des parties prenantes dans chaque instance provinciale.

Une réforme parallèle, inspirée de motifs similaires, consisterait en l'émission, par un organisme de surveillance qualifié comme le Surintendant des faillites, d'une « orientation » à l'intention des parties prenantes en cas d'insolvabilité d'une université (en particulier les contrôleurs). Les parties pourraient chercher à engager le

¹⁰ Voir, par exemple, les ordonnances types pour les formules du rôle commercial de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, y compris l'ordonnance initiale type en vertu de la LACC, en ligne : <www.ontariocourts.ca/scj/fr/pratique/directives-de-pratique/toronto/#Formules_du_role_commercial>.

Surintendant dans un dialogue sur l'orientation appropriée à suivre qui tiendrait compte de certains des aspects du code modèle en cas de situation de nécessité financière.

Toutes les options précédentes visent à modifier ou à atténuer les exigences et processus existants en vertu de la LACC : ces réformes ne seront pas encore bien comprises par les parties prenantes actuelles dans le contexte d'une procédure de la LACC. Cette série de réformes législatives se heurtera à des obstacles compte tenu de l'histoire, de la culture et de l'orientation des critères régissant l'insolvabilité commerciale. Elles constituent, toutefois, un moyen d'articuler les normes et les processus qui conviennent mieux à la restructuration des organisations financées par les deniers publics.

B. Réformes en dehors du régime de la LACC

Pendant une bonne partie de son histoire, la LACC a été une loi squelettique au champ d'application plus limité. Aujourd'hui, elle continue d'exclure certains types d'organisations, dont les institutions financières.

Dans le cas des organisations exclues, d'autres régimes de restructuration sont généralement possibles.

Comme nous l'avons expliqué dans des chapitres précédents, l'exclusion de ces organisations est motivée en partie par les intérêts publics concernés par leurs activités – services bancaires et assurances, par exemple. Dans le cas des organisations exclues, d'autres régimes de restructuration sont généralement possibles.

Si les universités sont exclues du champ d'application de la LACC, et même si elles ne le sont pas, la possibilité de recourir à une procédure de restructuration de rechange permettrait d'atteindre les objectifs de fournir un véhicule en cas de difficultés financières qui tienne compte des principes articulés au début du présent chapitre.

Un examen des processus de restructuration de rechange [...] laisse entendre qu'il y en a trois types principaux...

Un examen des processus de restructuration de rechange et des cadres juridiques associés, tant au Canada que dans d'autres pays de common

law, laisse entendre qu'il y en a trois types principaux, à savoir : a) habiliter un organisme gouvernemental à fournir un financement d'urgence assorti de conditions de restructuration, souvent le remboursement du financement provisoire sur une période prédéterminée; b) accorder des pouvoirs plus étendus en vue de placer une université sous administration provisoire, semblables aux pouvoirs conférés au ministre de l'Ontario en ce qui concerne les collèges; et c) établir un régime d'insolvabilité distinct et autonome, comme ceux qui ont été adoptés au Canada, à l'occasion, pour des secteurs spécialisés. Nous revenons plus en détail sur chaque option dans la section qui suit.

Financement d'urgence et pouvoirs connexes du ministre

La loi australienne sur le soutien à l'enseignement supérieur de 2003 (*Higher Education Support Act 2003 (HESA)*) renferme un ensemble de règles qui autorisent le ministre à verser des montants en espèces aux fins qu'il détermine¹¹. Ces fins sont décrites dans les *Commonwealth Grant Scheme Guidelines* (principales directives régissant le financement des prêts d'études) et comprennent les mandats de restructuration¹² :

- Aider les universités à composer avec les répercussions de la restructuration sur leur flux de trésorerie;
- Rationaliser les niveaux de dotation, les cours et l'infrastructure tant au sein des universités qu'entre elles;
- Mettre en œuvre des décisions explicites de restructurer le profil éducatif d'une université.

Le ministre australien peut consentir des avances allant jusqu'à 25 millions de dollars et le prêt doit être remboursé en trois ans. Ce montant est égal au financement initial du débiteur-exploitant accordé à la Laurentienne dans le cadre de la procédure sous le régime de la LACC (ce montant a toutefois été augmenté de 10 millions de dollars par

¹¹ *Higher Education Support Act 2003*, 2003/149, para. 33-40(1), en ligne : www.legislation.gov.au/Details/C2020C00078.

¹² *Commonwealth Grant Scheme Guidelines 2020 (No 3)*, 30 juillet 2021, art. 16, en ligne : www.legislation.gov.au/Details/F2021C00851.

la suite)¹³. Il est également supérieur aux 12 millions de dollars en fonds d'urgence que l'Ontario aurait offert à l'Université en décembre 2020, mais considérablement inférieur aux 100 millions de dollars demandés initialement au gouvernement¹⁴.

Tel que nous l'avons indiqué au chapitre 6, la *Loi sur le ministère de la Formation et des Collèges et Universités* (LMFCU) attribue au ministre de l'Ontario un ensemble de pouvoirs en matière d'« aide financière et [de] bourses d'études » qui (dans un certain sens) l'autorise à consentir une aide financière aux universités à des conditions qu'il estime appropriées. La LMFCU pourrait être modifiée de manière à attribuer au ministre un ensemble clarifié ou renforcé de pouvoirs comparables à ceux conférés par la législation australienne. Par exemple, les modifications pourraient respecter les principes d'un code modèle en cas de situation de nécessité financière afin de prévoir ce qui suit :

- Le dépôt d'une demande d'aide financière d'urgence par une partie prenante clé qui exigerait la présentation de preuves de la crise de liquidité (version du critère de déclenchement) et la nécessité d'une restructuration;
- Des exigences en matière d'alerte précoce et de communication d'information aux principales parties prenantes;
- Le versement d'une aide financière suffisante pour permettre une restructuration substantielle, remboursable dans un délai raisonnable, par exemple jusqu'à 35 millions de dollars remboursables sur une période de 5 à 10 ans;
- L'obligation que le plan de restructuration soit homologué dans un délai raisonnable (par exemple 12 mois);

¹³ *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 1098, au para. 9; *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 3271, au para. 1. La vérificatrice générale de l'Ontario a estimé dernièrement que la Laurentienne dépenserait 19,84 millions de dollars pour exercer des activités de restructuration d'ici février 2022 : Bureau de la vérificatrice générale de l'Ontario, *Le point sur l'audit spécial portant sur l'Université Laurentienne*, décembre 2021, à la p. 1, en ligne (pdf) : <www.auditor.on.ca/fr/content-fr/annualreports/arreports/fr21/AR_Laurentian_fr21.pdf>.

¹⁴ Jeffords, précité à la note 13.

- L'obligation que le plan de restructuration soit mis en œuvre dans un délai raisonnable (par exemple 3 ans, le délai pouvant être prorogé selon les progrès réalisés);
- Un ensemble de principes à prendre en considération durant l'élaboration du plan de restructuration, y compris ceux énoncés plus haut;
- Un rôle de surveillance confié au ministre, accompagné de procédures de règlement des différends, et la désignation par les parties, ou le ministre à défaut d'une entente, d'un tiers neutre habilité à prendre des décisions.

Cette approche comporte certains avantages. Premièrement, elle est encadrée par le ministère chargé de l'administration des établissements d'enseignement postsecondaire en Ontario, l'organisme gouvernemental le mieux placé pour coordonner les politiques au sein du secteur, y compris les répercussions d'une restructuration donnée.

Deuxièmement, elle exige la participation du bailleur de fonds publics, éventuellement par le versement d'un financement provisoire, qui est l'une des principales lacunes cernées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité de la Laurentienne.

Troisièmement, le financement provisoire pourrait être assorti de conditions supplémentaires reflétant les éléments de politique publique jugés importants par une université. Dans la mesure où le gouvernement de l'Ontario essaie déjà d'atteindre ses objectifs stratégiques grâce à ses ententes de mandat stratégiques, des priorités semblables se refléteront probablement dans les conditions de restructuration¹⁵. Toutefois, cette préoccupation pourrait être atténuée par une

[L]e financement provisoire pourrait être assorti de conditions supplémentaires reflétant les éléments de politique publique jugés importants par une université.

¹⁵ C'est l'une des préoccupations soulevées par le nouveau régime de restructuration au Royaume-Uni, qui semble être axé sur la promotion de la formation en STIM et des résultats fondés sur le marché : Department for Education, *Establishment of a Higher Education Restructuring Regime in Response to COVID-19*, juillet 2020, aux p. 3 et 4, en ligne (pdf) :

codification des principes de restructuration énoncés en début de chapitre. Le fait d'exiger qu'un plan de restructuration soit conforme aux considérations animant les procédures en cas de situation de nécessité financière peut contribuer à faire en sorte que l'aide financière d'urgence ne soit pas uniquement l'occasion de réorienter les universités vers la microcertification (par exemple), ce à quoi, l'ont laissé entendre certains, aboutira la procédure de la Laurentienne¹⁶.

Quatrièmement, le coût du financement provisoire devrait être moins élevé que celui des prêteurs commerciaux de financement du débiteur-exploitant (c.-à-d. en ce qui concerne le taux d'intérêt, la durée et d'autres conditions de remboursement).

Cinquièmement, si le ministre refuse d'accorder une aide financière, cette décision pourrait être contestée au moyen d'une révision judiciaire ou, peut-être, par la voie politique. Bien qu'une demande d'aide financière d'urgence doive demeurer confidentielle à ce moment-là (comme selon le modèle britannique), un refus antérieur d'accorder un financement pourrait fournir un élément contextuel important advenant une procédure de la LACC ultérieure.

Conditions relatives au financement de l'aide aux étudiants

Au chapitre 6, nous avons indiqué que l'une des raisons pour lesquelles les universités américaines n'ont pas recours au processus de restructuration commerciale prévue par le Chapitre 11 du code des faillites était que l'établissement n'aurait alors plus le droit de recevoir de financement au titre de l'aide financière aux étudiants. Dans ce cas, la définition d'un établissement autorisé à recevoir des versements au titre de l'aide financière aux étudiants exclurait les universités ayant déposé une procédure de mise en faillite¹⁷. Cela n'empêche pas une université de procéder à une liquidation, et certaines ont intenté des procédures de restructuration commerciale justement à cette

assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/902608/HER_R_announcement_July_2020.pdf.

¹⁶ Voir, par exemple, Nathan M. Greenfield, « Laurentian – Insolvency, mass firings and the erosion of multiculturalism », *University World News*, 5 juin 2021, en ligne :

www.universityworldnews.com/post.php?story=20210604121808388.

¹⁷ 20 USC § 1002 (a)(4)(A).

fin, mais cela a entraîné une aversion à l'égard de ce processus chez la plupart des établissements ayant l'intention de poursuivre leurs activités.

Une condition semblable visant le versement de fonds publics au titre de l'aide financière aux étudiants pourrait être adoptée pour les universités ontariennes, ce qui les dissuaderait d'entreprendre une restructuration commerciale au profit d'autres options¹⁸.

Même si cela aurait pour effet d'empêcher les universités d'instituer une procédure sous le régime de la LACC ou une autre procédure d'insolvabilité, nous ne recommandons pas cette option pour deux raisons. Premièrement, elle ne répond pas au besoin de procéder à une restructuration lorsque la nécessité d'un tel recours existe légitimement (comme l'a montré l'expérience aux États-Unis). Deuxièmement, elle risque de créer des incitations supplémentaires à éviter des négociations sur la restructuration nécessaires à une étape préalable, lesquelles, à notre avis, sont généralement dans l'intérêt de toutes les parties prenantes.

Pouvoirs de placer sous administration provisoire

Il existe actuellement, dans le secteur ontarien de l'enseignement postsecondaire, un deuxième type de processus de restructuration qui permet au ministre d'intervenir directement dans l'administration d'un collège. La *Loi de 2002 sur les collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario* confère au ministre un pouvoir très général de donner aux collèges des directives en matière de politique au sujet de la manière dont ils dirigent leurs affaires¹⁹. Les collèges sont pour leur part tenus de se conformer à ces directives.

En outre, le ministre peut « intervenir dans les affaires d'un collège » s'il est d'avis que son intervention est

[Le ministre a] un pouvoir très général de donner aux collèges des directives en matière de
....

¹⁸ Voir, par exemple, Règl. de l'Ont. 70/17 : Subventions ontariennes d'études et prêts ontariens d'études.

¹⁹ *Loi de 2002 sur les collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario*, L.O. 2002, chap. 8, annexe F, art. 4.

nécessaire²⁰. L'intervention peut être liée, entre autres motifs, à la prestation des services d'enseignement, à la conformité aux politiques, à des problèmes touchant l'administration ou l'utilisation des ressources financières, et à la qualité de l'enseignement. La procédure de la Laurentienne a soulevé diverses préoccupations allant dans ce sens : l'absence de mesures avancées de contrôle financier qui ont mené au regroupement des ressources allouées à l'exploitation et au financement de la recherche; une longue série de déficits et des inquiétudes exprimées par la population quant au manque de transparence; et le rejet de tentatives antérieures de déclencher des procédures de restructuration existantes. Par ailleurs, le ministre est habilité, par règlement, à nommer une personne chargée, de façon temporaire, d'enquêter sur les activités d'un collège et d'administrer ses activités commerciales et ses affaires internes, sous réserve des conditions imposées par le ministre²¹. Il dispose également de pouvoirs en matière de révocation des membres du conseil d'administration et d'autres administrateurs.

Il s'agit d'une forme d'intervention beaucoup plus robuste que le pouvoir discrétionnaire de subordonner un financement provisoire à un processus de restructuration largement volontaire mené par l'université même. Le ministre a plutôt, à la fois, le pouvoir continu de donner aux collèges des directives en matière de politique et la capacité de placer un collège sous administration pendant un certain temps, ainsi que de remplacer des membres du conseil d'administration et(ou) du personnel administratif. Un tel mécanisme pourrait être reproduit dans la LMFCU ou un règlement y afférent. En outre, les principes guidant la restructuration des universités énoncés au début du présent

*Le ministre n'a pas eu
ou n'a pas exercé de
pouvoirs lui permettant
d'intervenir directement
dans les affaires d'une
université de cette
manière...*

chapitre pourraient être codifiés, comme ils pourraient l'être en vertu du pouvoir discrétionnaire d'accorder un prêt que nous venons d'évoquer.

L'établissement de telles formes de pouvoirs d'intervention de la part du ministre représente un

²⁰ *Ibid.*, art. 5.

²¹ Règl. de l'Ont. 34/03 : Dispositions générales, art. 9.

changement de cap important par rapport à l'histoire et au contexte du modèle de gouvernance des universités en Ontario et au Canada. Ce modèle, décrit plus haut, a permis aux universités de devenir des établissements autonomes qui s'autogouvernent à partir du début du 20^e siècle. Le ministre n'a pas eu ou n'a pas exercé de pouvoirs lui permettant d'intervenir directement dans les affaires d'une université de cette manière; il a même été rabroué pour avoir tenté de le faire de façon indirecte²². On peut dire qu'avant la procédure de la Laurentienne, la nécessité de se pencher sur cette question ne s'était pas posée. La présence de modalités relatives à l'urgence financière et aux postes excédentaires dans la majorité des conventions collectives montre qu'on s'attendait à ce que la restructuration soit entreprise hors du cadre d'une procédure d'insolvabilité.

Il convient de noter, cependant, que le ministre joue déjà un rôle continu dans la gouvernance des universités. Le fait qu'il nomme certains membres du conseil des gouverneurs de l'Université Laurentienne (et d'autres établissements) en est un exemple évident. Le ministre conclut également des ententes de mandat stratégiques avec chaque université qui visent à influencer le cours normal des activités en orientant les bénéficiaires de ces ententes vers des résultats axés sur le marché. Dans la mesure où la LACC continue d'être un véhicule accessible aux universités ontariennes, une restructuration dirigée par le ministère pourrait être une procédure préférable pour toutes les raisons énumérées dans le présent rapport.

Loi provinciale autonome sur la restructuration

²² Voir, par exemple, *Canadian Federation of Students v Ontario*, 2019 ONSC 6658 (Div Ct), confirmé dans 2021 ONCA 553.

Une troisième option consisterait à élaborer une loi autonome qui viserait à faciliter la restructuration des universités²³. On recense au Canada un nombre limité de précédents concernant l'adoption de régimes d'insolvabilité ou de restructuration propres à un secteur : par exemple, la *Loi sur les arrangements*

On recense au Canada un nombre limité de précédents concernant l'adoption de régimes d'insolvabilité ou de restructuration propres à un secteur...

entre cultivateurs et créanciers, qui a été promulguée en réponse à la vague d'insolvabilités dans les années 1930, et la loi qui l'a remplacée, la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*; la partie XII de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, qui porte sur la faillite des courtiers en valeurs mobilières; ou la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, qui s'applique à certaines institutions financières²⁴. On trouve des procédures d'insolvabilité analogues, spécifiques à des secteurs, dans d'autres pays : les différentes procédures accessibles en vertu du code des faillites des États-Unis en constituent un exemple important.

Il n'entre pas dans le cadre du présent rapport de définir ne serait-ce que les grandes lignes d'une telle loi. Cela dit, ces dernières pourraient reposer sur les principes énoncés dans le présent chapitre, selon les réponses fournies à une série de questions clés. Ces questions comprennent :

- À quels établissements la loi est-elle censée s'appliquer?
- S'agit-il d'une procédure judiciaire ou d'une procédure administrative facilitée ou encadrée par un organisme gouvernemental, un conseil ou une commission?
- Qui prendra les décisions?

²³ Voir Laura N. Coordes, « Bespoke Bankruptcy » (2021) 73 Fla L Rev 359.

²⁴ Voir *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*, L.C. 1997, ch. 21; Stephanie Ben-Ishai et Virginia Torrie, « Farm Insolvency in Canada » (2013) 2 Journal of the Insolvency Institute of Canada 33; Virginia Torrie, « Federalism and Farm Debt During the Great Depression: Political Impetuses for the Farmers' Creditors Arrangement Act, 1934 » (2019) 82.2 Sask L Rev 203; *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3; *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. (1985), ch. W-11; Bruce L. Welling et Thomas G.W. Telfer, « The Winding-Up and Restructuring Act: Realigning Insolvency's Orphan to the Modern Law Reform Process », *Banking & Finance Law Review* (2008) 24 BFLR 233.

- Qui a le pouvoir d'intenter une procédure et qui a qualité pour agir dans le contexte de la procédure?
- Quels pouvoirs doivent-êtré attribuer au décideur?
- De quels principes ou facteurs doit-on tenir compte dans le processus décisionnel?
- Quels sont les droits d'appel?
- Quelles parties peuvent être liées par la suspension des procédures et le plan de restructuration?
- Comment les questions constitutionnelles seront-elles réglées (y compris la compétence et la prépondérance)?

Il faudrait répondre à beaucoup d'autres questions pour pouvoir élaborer un tel cadre législatif. À notre avis, ce serait une démarche de grande envergure qui deviendrait superflue ou inutile si d'autres réformes législatives devaient permettre une restructuration méthodique et responsable des universités ontariennes. L'exercice soulèverait probablement aussi des questions de fédéralisme, étant donné que les régimes d'insolvabilité sur mesure existants dont il est fait mention précédemment ont tous été élaborés sous le régime de lois fédérales.

Ces régimes autonomes font figure d'exceptions aux processus normaux de réforme du droit de l'insolvabilité au Canada – lesquels ont été fragmentaires et, parfois, mis en œuvre en réaction à des situations ou à des problèmes immédiats. En général, ils ont été réclamés par les créanciers mêmes ou établis en l'absence d'autres solutions de rechange. L'insolvabilité d'une université publique n'arrive (et ne doit arriver) que très rarement, si bien que les efforts qu'il faudrait déployer pour créer un régime de restructuration autonome seraient peut-être mieux employés pour l'élaboration d'autres solutions moins formelles. Pour ces raisons, nous sommes sceptiques quant à la

nécessité ou aux avantages de l'établissement d'un régime d'insolvabilité propre au milieu universitaire canadien.

Points à retenir

1. *Les principes sous-tendant toute procédure de restructuration applicable aux universités devraient comprendre la primauté du mandat académique; la transparence et l'annonce en amont; la participation des bailleurs de fonds publics; la définition du rôle du sénat, du conseil des gouverneurs, des cadres dirigeants et des groupes d'employés; et une procédure méthodique pour décider des réductions budgétaires et des compressions de personnel.*
2. *Les réformes de la LACC déjà proposées impliquent l'exclusion des universités de la définition de compagnie débitrice. Les réformes pourraient également exiger des bailleurs de fonds publics qu'ils participent aux restructurations visant des universités et(ou) approuvent toute transaction finale ou tout plan d'arrangement final.*
3. *Certaines réformes peuvent être mises en œuvre sans modification législative. Parmi les changements qui pourraient être apportées aux « ordonnances types » utilisées par les tribunaux chargés d'appliquer la LACC, notons l'ajout de modalités par défaut applicables aux procédures visant des organisations financées par les deniers publics.*
4. *L'ACPPU ou d'autres organismes ont un rôle à jouer en élaborant un « code modèle actualisé en cas de situation de nécessité financière », afin qu'il puisse être utilisé dans différents contextes de défense des intérêts.*
5. *On peut également procéder à une restructuration en dehors du régime de la LACC (et sans la présence d'autres mécanismes limitant l'accès à la LACC).*
6. *Une réforme relativement simple pouvant être adoptée par n'importe quelle administration publique consisterait à codifier les pouvoirs d'un ministre d'accorder un financement d'urgence assorti de conditions, notamment l'obligation de se restructurer et de rembourser le prêt dans un délai raisonnable.*
7. *Une deuxième réforme attribuerait des pouvoirs au ministre lui permettant d'intervenir directement, et de sa propre initiative, dans l'administration d'une université ou d'assumer l'administration de l'université. Cela représenterait un changement de cap par rapport à l'autonomie historique des universités.*
8. *Une troisième réforme prévoirait l'élaboration d'une loi de restructuration autonome, propre au secteur, semblable à celles adoptées pour le secteur agricole ou certaines institutions financières. C'est une démarche colossale qui soulèverait des questions plus complexes sur le plan juridique et des politiques.*

VIII. Étapes suivantes pour les groupes d'employés

Résumé

Avant qu'une crise financière n'éclate, les groupes d'employés devraient profiter activement de la structure de gouvernance existante de l'université pour se tenir au courant des problèmes financiers. Ils peuvent également chercher à négocier de meilleures procédures en cas de situation de nécessité financière et l'ajout d'obligations pour l'employeur de donner préavis de tout projet de restructuration, y compris de son intention de déposer une demande de protection contre ses créanciers. Cette annonce précoce leur offrirait certaines possibilités d'influencer l'élaboration d'une éventuelle demande, notamment en ce qui a trait aux relations de travail, et pourrait fournir des motifs justifiant l'obtention d'ordonnances supplémentaires auprès d'un tribunal chargé d'appliquer la LACC. Les groupes d'employés peuvent se préparer aux éventuelles procédures d'insolvabilité en collaborant avec des conseillers afin de comprendre et de définir des positions relativement aux causes des difficultés financières, à la nécessité d'une restructuration et à tout argument juridique. Une fois qu'une demande a été déposée, il pourrait y avoir lieu de contester cette demande ou le contenu d'une ordonnance. Les mesures mises en œuvre dépendront grandement du contexte factuel. Les efforts de réforme du droit visant à limiter l'application de la LACC et à prévoir des processus de restructuration de rechange devraient s'inscrire dans des campagnes d'action politique continue.

Lorsqu'on supposait, à raison ou à tort, qu'une université ne se placerait jamais sous la protection de la LACC, il n'était pas nécessaire, afin d'inclure les groupes d'employés,

Les groupes d'employés [...] doivent dorénavant réfléchir aux démarches qu'ils peuvent et devraient entreprendre afin de protéger leurs intérêts dans l'éventualité du dépôt d'une demande de protection contre les créanciers.

de tenir compte de leur position dans le cadre d'un processus d'insolvabilité. Les choses ont maintenant changé. Les groupes d'employés – et tous les créanciers – doivent dorénavant réfléchir aux démarches qu'ils peuvent et devraient entreprendre afin de protéger leurs intérêts dans l'éventualité du dépôt d'une demande de protection contre les créanciers.

La procédure de la Laurentienne nous fournit un prétexte pour faire une évaluation rétrospective qui pourra guider les réponses futures à des situations similaires. Une dimension consiste à comprendre comment la Laurentienne en est venue à déposer une demande de protection contre ses créanciers et une autre, à se pencher sur les limites du processus initié en vertu de la LACC.

Comme nous l'avons mentionné, l'une des critiques qui persistent dans le dossier de la Laurentienne est qu'on ne comprend toujours pas exactement comment l'université s'est retrouvée en situation d'insolvabilité. L'administration a refusé l'accès à certains renseignements clés, même dans le cadre de l'audit spécial ordonné par le Comité permanent des comptes publics de l'Assemblée législative¹. Il est difficile, sans savoir ce qui a causé la crise financière, de réaliser une évaluation exhaustive des problèmes. Toutefois, plusieurs facteurs semblent avoir clairement contribué à la situation, d'après les rapports existants :

- Le manque de renseignements financiers transparents ou précis, ce qui pourrait avoir retardé toute confrontation sérieuse et la prise en compte des réalités financières pendant de nombreuses années et au moins durant trois cycles de négociation;
- Des irrégularités administratives, qui n'auraient pas dû exister et que les vérificateurs et d'autres personnes auraient dû clairement signaler, par exemple

¹ La Laurentienne a jusqu'à présent refusé de communiquer certains documents protégés à la vérificatrice générale de l'Ontario, y compris divers documents de réunions du conseil des gouverneurs, des courriels de cadres dirigeants et des dossiers des ressources humaines. Elle a également contesté devant le tribunal le droit conféré par la loi à la vérificatrice générale d'avoir accès à ces documents : voir Bureau de la vérificatrice générale de l'Ontario, *Le point sur l'audit spécial portant sur l'Université Laurentienne*, décembre 2021, aux p. 7 à 10, en ligne (pdf) : <www.auditor.on.ca/fr/content-fr/annualreports/arreports/fr21/AR_Laurentian_fr21.pdf>; Ernst & Young Inc, « Auditor General of Ontario Application », Centre de documentation de restructuration – Université Laurentienne de Sudbury, en ligne : <documentcentre.ey.com/#/detail-engmt?eid=459>; « Ontario's auditor general says Laurentian lacks transparency », *CBC News*, 1^{er} décembre 2021, en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/laurentian-university-auditor-general-1.6270203>; « Laurentian University, Ontario auditor general argue right to privileged documents in value-for-money audit », *CBC News*, 6 décembre 2021, en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/privilege-court-documents-laurentian-auditor-general-emails-lawyers-1.6275291>; Erik White, « Ontario legislature to vote on issuing warrant for Laurentian University documents », *CBC News*, 8 décembre 2021, en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/laurentian-university-documents-audit-ontario-government-1.6277992>.

l'amalgame des fonds destinés à la recherche et des fonds réservés aux dépenses d'exploitation;

- Avec le recul, de mauvaises décisions financières prises par les conseils et administrateurs successifs, y compris le surinvestissement dans des projets d'immobilisations comme de nouveaux bâtiments²;
- Une administration non disposée à déclencher les procédures existantes en cas de situation de nécessité financière;
- Le plafonnement des droits de scolarité et la dépendance excessive à l'égard des inscriptions d'étudiants étrangers qui en a résulté, lesquelles ont chuté durant la COVID-19;
- La fermeture ou la résiliation de la marge de crédit;
- Un gouvernement provincial peu désireux de consentir une aide financière temporaire adéquate, d'augmenter le financement de l'ensemble du système universitaire ou de fournir une garantie ou un filet de sécurité suffisants pour des facilités de financement commercial;
- Des coûts liés aux programmes et aux salaires passablement supérieurs, associés au caractère bilingue, triculturel et régional de l'université;
- La décision de l'administration de rejeter l'aide financière (limitée, certes) offerte par la province afin d'opter plutôt pour une procédure en vertu de la LACC.

² La vérificatrice générale a laissé entendre dernièrement que les grands projets d'immobilisations entrepris entre 2014 et 2019 avaient exercé des pressions importantes sur les flux de trésorerie de l'université : voir Bureau de la vérificatrice générale de l'Ontario, *Le point sur l'audit spécial portant sur l'Université Laurentienne*, précité à la note 1, aux p. 5 et 6. Voir aussi K. Buse, « Unmaking a university: Laurentian's insolvency », *The Sudbury Star*, 26 juin 2021, en ligne : www.thesudburystar.com/opinion/columnists/unmaking-a-university-laurentians-insolvency; Douglas Goldsack, « Decades of questionable decisions led Laurentian University into this mess », *Sudbury.com*, 26 novembre 2021, en ligne : www.sudbury.com/columns/guest-columns/opinion-decades-of-questionable-decisions-led-laurentian-university-into-this-mess-4802498.

À cette liste des causes potentielles de la crise financière de la Laurentienne, nous ajoutons une leçon de plus tirée de restructurations menées sous le régime de la LACC dans le secteur privé. L'expérience passée a montré que, s'il est vrai que les salaires puissent être le principal aspect de la rémunération qu'une université cherche à restructurer, il reste que les régimes de retraite et d'avantages sociaux – qui représentent peut-être 25 % de la rémunération totale – ont été particulièrement malmenés dans le cadre de restructurations antérieures³.

En ce qui concerne la procédure même intentée par la Laurentienne, les chapitres précédents ont montré que les procédures d'insolvabilité commerciale ne s'appliquent pas facilement aux universités ou aux organisations financées par les deniers publics. Bien qu'il assure une protection limitée de la convention collective et exige la négociation de transactions, le processus lié à la LACC confère un pouvoir considérable à la compagnie débitrice, au contrôleur et aux créanciers garantis. En d'autres circonstances, ce pouvoir serait dilué par les mécanismes habituels de freins et contrepoids qui régissent les relations de travail. Par conséquent, les groupes d'employés risquent, dans les faits, de devenir la seule partie ou la principale partie à faire des concessions importantes dans un processus de restructuration.

Pour des raisons similaires, il est difficile pour les employés de se protéger complètement, par la voie de dispositions négociées, contre les risques associés à une procédure en vertu de la LACC. En droit de l'insolvabilité, les employés constituent ce qu'on appelle des [traduction] « créanciers ne bénéficiant pas d'ajustements⁴ », autrement dit pour qui il n'est pas facile, afin de se protéger, de négocier des modalités relatives à la prestation de leurs services à la compagnie débitrice. Ils se démarquent donc des autres créanciers, notamment les grandes institutions financières prêteuses,

[I]l est difficile pour les groupes d'employés de se protéger complètement, par la voie de dispositions négociées...

³ Voir, par exemple, Ronald B. Davis, « Security of Retirement Benefits in Canada: You Bet Your Life », *Revue canadienne de droit du travail et de l'emploi*, vol. 17, 2013, p. 65 (au sujet de la vulnérabilité des régimes de retraite dans une situation d'insolvabilité).

⁴ Lucian A. Bebchuk et Jesse M. Fried, « The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy » (1996) 105 Yale LJ 857, à la p. 864.

qui ont beaucoup plus de poids pour négocier des protections en cas d'insolvabilité, comme une priorité de paiement advenant une liquidation ou une exigence voulant qu'un bien soit détenu en fiducie à titre de garantie. L'annexe C résume les protections légales conférées aux employés dans le cadre d'une restructuration engagée sous le régime de la LACC ou de la LFI qui visent à compenser (partiellement) ce déséquilibre.

Principales leçons à tirer de la Laurentienne

Nous proposons ce qui suit comme liste non exhaustive des « leçons apprises » de l'insolvabilité de la Laurentienne :

- Il semble qu'on n'ait pas réagi suffisamment tôt ou de manière assez cohérente face aux déficits persistants et à l'augmentation des obligations à long terme;
- L'administration a refusé de se servir des outils existants (situation de nécessité financière) pour procéder à une restructuration;
- Le gouvernement de l'Ontario a systématiquement réduit le financement aux universités pour accroître la part des revenus tirés des droits de scolarité et du financement privé, mais il n'est pas intervenu de manière ponctuelle avant le dépôt de la demande de procédure d'insolvabilité ou durant;
- Les procédures normales régissant les relations de travail ont été suspendues au profit d'un processus de négociation sous pression dicté par les normes et les échéances de la LACC;
- Il y a eu manque de transparence, en particulier dans les communications entre le gouvernement de l'Ontario et l'administration de l'université;
- Les parties prenantes autres que les institutions financières prêteuses n'ont pas été informées à l'avance du dépôt d'une demande de procédure sous le régime de la LACC;

- Les principes qui devraient normalement guider les procédures en cas de situation de nécessité financière n'ont pas été pris en compte au profit d'une approche financière axée sur les programmes « à faible taux d'inscription »;
- Jusqu'à présent, les réductions ont visé surtout les coûts académiques et de main-d'œuvre plutôt que les créanciers garantis, et semblent avoir été plus vigoureuses que « nécessaires » (même dans une perspective restreinte, celle du bilan).

Faisant écho à ces leçons apprises, le présent chapitre résume certaines des recommandations formulées dans les chapitres précédents et montre comment les groupes d'employés peuvent s'y prendre pour atténuer les risques d'insolvabilité dans la mesure du possible.

Une des leçons qui traversent en filigrane ces recommandations est la difficulté de contester un dépôt sous le régime de la LACC devant les tribunaux (du moins en vertu de la législation existante) et l'importance correspondante de déceler en amont les crises financières, d'intervenir tôt en faisant valoir des droits négociés et d'explorer des options de restructuration de rechange avec le soutien du ministre.

[Ce retard] accentue les contraintes de temps et la rigueur d'un futur processus de restructuration.

Cela dit, nous sommes conscients qu'il existe souvent d'autres raisons importantes qui incitent les administrateurs d'université (et les cadres de la majorité des compagnies débitrices) à nier ou à diminuer la gravité des pressions financières et à

retarder la prise de mesures. Cela accentue les contraintes de temps et la rigueur d'un futur processus de restructuration. Pour ces mêmes motifs, les administrateurs d'université seront réticents à négocier des conditions susceptibles de limiter leur capacité à prendre des décisions financières (y compris quand et comment procéder à une restructuration), surtout compte tenu du fait que la Laurentienne a maintenant établi un précédent quant à la façon d'exploiter les procédures prévues par la LACC.

Nous avons divisé les mesures entre celles qui peuvent être prises avant le dépôt d'une procédure d'insolvabilité et celles qui peuvent être adoptées le plus tôt possible en réponse. Nous insistons sur le fait que, bien qu'une réforme systématique du droit soit au cœur de nos recommandations, l'un des principaux objectifs est de s'assurer que les procédures de restructuration existantes et viables comme la situation financière critique sont bel et bien utilisées lorsqu'elles sont clairement nécessaires. En outre, le fait que la LACC soit fondée sur le principe du cas par cas signifie qu'il est possible pour certains acteurs comme les associations de personnel académique et l'ACPPU d'établir de nouvelles normes qui devraient orienter toute réponse à de futures crises financières d'universités, qu'il y ait dépôt ou non d'une demande en vertu de la LACC.

A. Mesures à prendre avant l'insolvabilité

Code modèle en cas de situation de nécessité financière

Tel que nous l'avons mentionné aux chapitres 6 et 7, l'ACPPU pourrait élargir la portée de son énoncé de principes sur la nécessité financière et les licenciements ou élaborer un code modèle en cas de situation de nécessité financière qui pourrait servir dans différents contextes de défense des intérêts⁵. Les principes et les procédures que ce code pourrait englober sont énoncés au chapitre 6. On pourrait faire la promotion de ce document auprès de groupes comme le Conseil des universités de l'Ontario (et les organismes équivalents dans les autres provinces), afin de garantir l'adhésion de l'administration ou, à tout le moins, de faire connaître le code, dès le début.

Participation à la gouvernance de l'université et rapports financiers

⁵ Association canadienne des professeures et professeurs d'université, « Nécessité financière et licenciements » (dernière révision en 2009), en ligne : <www.caut.ca/fr/au-sujet/politiques-generales-de-l-acppu/lists/politiques-generales-de-l-acppu/énoncé-de-principes-sur-la-nécessité-financière-et-les-licenciements>.

De façon générale, les groupes d'employés devraient jouer un rôle actif et stratégique au sein des structures existantes de gouvernance et de communication afin de se tenir au courant de l'évolution de la situation financière. La procédure de la Laurentienne fournit maintenant un nouveau prétexte pour discuter des problèmes financiers et, plus précisément, des mesures à prendre pour les régler. Il ne fait aucun doute également que d'autres parties prenantes du milieu financier touchées par la procédure de la Laurentienne chercheront à faire en sorte que leurs intérêts soient protégés de façon similaire. Par exemple, les bailleurs de fonds de recherche exigeront (ou devraient exiger) que les fonds soient placés en fiducie dans des comptes distincts; les prêteurs commerciaux exigeront des garanties pour leurs prêts alors qu'ils ne le faisaient pas auparavant; les fournisseurs pourraient modifier leurs prix pour tenir compte de nouveaux risques d'insolvabilité, et ainsi de suite.

Les groupes d'employés peuvent tirer parti de leur position au sein de l'université pour repérer les signes avant-coureurs et essayer de trouver d'autres procédures susceptibles de protéger leurs intérêts et l'université dans son ensemble. Notons, entre autres, la participation au sénat universitaire et à ses comités; la coordination avec des représentants du conseil des gouverneurs, le cas échéant; la participation à des réunions régulières avec des administrateurs comme les doyens; ainsi que la création d'organes mixtes conformément à la convention collective ou l'expansion de ceux existants. En outre, il devrait aller de soi que des mesures de contrôle financier appropriées soient en place pour tous les fonds, et que les fonds administrés fassent l'objet d'une reddition de comptes.

L'expérience de la Laurentienne montre que les universités doivent produire des rapports financiers publics plus clairs et plus détaillés sur une base continue, possiblement grâce à la tenue de réunions conjointes régulières entre le sénat et le conseil, afin de faire le point sur la situation financière et de discuter des perspectives.

*[Les] universités
doivent produire des
rapports financiers
publics plus clairs et
plus détaillés sur une
base continue...*

Il n'est pas raisonnable que les administrateurs insistent pour que le conseil et le sénat

fonctionnent comme des compartiments hermétiques, comptant sur un intermédiaire pour réguler la circulation de l'information financière.

Si les groupes d'employés soupçonnent des difficultés financières ou des irrégularités, ils devraient poser des questions ciblées en passant par les structures existantes – y compris la table de négociation s'il y a lieu – afin d'obtenir de plus amples renseignements. Ces pratiques peuvent être mises en œuvre en marge d'une réforme formelle du droit ou du processus de négociation collective.

Modalités relatives à une situation de nécessité financière

Les groupes d'employés pourraient essayer de négocier de meilleures modalités applicables en cas de situation de nécessité financière dans leurs conventions collectives, y compris des garanties procédurales, des obligations en matière de consultation et des principes à prendre en considération dans toute restructuration. Cela est particulièrement important pour les établissements qui ne disposent pour l'instant que de procédures limitées en cas d'urgence financière. Toutefois, même un libellé bien formulé pourrait être révisé pour s'assurer qu'il répond adéquatement aux types de problèmes qui sont survenus à la Laurentienne (par exemple en prévoyant l'annonce en amont de propositions de restructuration interne, des possibilités supplémentaires de communication de l'information financière ou une procédure de règlement accéléré lorsque l'administration refuse de déclencher l'état de nécessité financière à la demande de l'association du personnel enseignant).

À titre indicatif, nous présentons à l'annexe D une série de modalités relatives à une situation de nécessité financière. Nous avons inclus toutes les dispositions que renferme la convention collective de l'APPUL afin de les comparer à la procédure prévue par la LACC. Nous avons également ajouté un deuxième ensemble de modalités trouvées dans la convention collective de la *Ryerson University Faculty Association*, lesquelles décrivent un processus exhaustif qui définit ce qu'est une situation de nécessité financière, créent un comité de surveillance, énoncent des

critères pour guider la prise de décisions et établissent des pouvoirs et des procédures pour la mise en œuvre.

Nous avons en outre sélectionné quelques exemples tirés de la convention collective de la *York University Faculty Association*, notamment en ce qui a trait au libellé sur les droits à l'information et le système d'« alerte précoce », ainsi que le niveau fixe de rémunération totale (en pourcentage du budget total) en deçà duquel les licenciements sont interdits. Enfin, l'annexe D renferme quelques dispositions provenant de la convention collective de la *University of Western Ontario Faculty Association* qui définissent à l'avance la manière dont les compressions budgétaires seront effectuées, à savoir en calculant le nombre de jours sans paie que chaque membre du corps professoral recevra une fois qu'une cible budgétaire globale aura été établie.

Autres modalités de conventions collectives

Outre ces dispositions qui renforcent les processus enclenchés par une situation de nécessité financière, un groupe d'employés pourrait chercher à négocier d'autres modalités qui les rendraient mieux à même d'anticiper le dépôt potentiel d'une demande sous le régime de la LACC par l'employeur et d'y répondre.

*[U]n groupe d'employés
pourrait chercher à
négocier d'autres
modalités qui les
rendraient mieux à même
d'anticiper le dépôt
potentiel d'une demande
sous le régime de la LACC
[...] et d'y répondre.*

L'une des caractéristiques d'une restructuration en vertu de la LACC est qu'elle peut se dérouler très rapidement – ce qu'on appelle une procédure judiciaire et un processus décisionnel « en temps réel ». C'est aussi l'une des principales pierres d'achoppement lorsqu'on veut procéder à une réforme plus attentive et mesurée des programmes d'études – ou des mandats de protection de l'intérêt public de façon plus

générale – et qu'on traite des relations de travail, car il risque de falloir un certain temps avant de mettre en œuvre des réductions d'effectifs volontaires. Par conséquent, le fait d'être informés d'une procédure (ou d'une procédure éventuelle) à un stade précoce peut aider les agents négociateurs à comprendre les enjeux, à évaluer les options, à

essayer d'influencer le contenu de l'ordonnance initiale se rapportant aux relations de travail et, lorsque cela est possible, à s'opposer au recours à la LACC par des moyens légaux ou politiques.

Une nouvelle disposition dans la LACC pourrait être utile à cet égard. Comme nous l'avons mentionné au chapitre 5, la LACC exige maintenant que tout « intéressé » agisse de bonne foi dans le cadre d'une procédure et autorise un intéressé à demander une ordonnance du tribunal en cas d'allégation de mauvaise foi⁶. La notion de bonne foi est bien connue dans le milieu des relations de travail, en particulier à la table de négociation. Elle existait sans doute sous une forme quelconque dans la LACC, mais elle a depuis été confirmée (sans être nécessairement clarifiée) par de récentes modifications⁷. Certains commentateurs ont fait valoir que l'obligation d'agir de bonne foi ancrée dans la loi signifie qu'un avis d'intention de déposer une demande sous le régime de la LACC doit dorénavant être donné aux groupes syndicaux⁸. Ils estiment que cette obligation est accrue en période de négociation collective et qu'il y a une obligation correspondante, du point de vue des relations de travail, de divulguer toute décision de gestion pertinente.

Dans ce contexte, l'une des clauses qu'un groupe d'employés pourrait chercher à inscrire dans la convention collective serait l'obligation de donner avis d'un dépôt potentiel en vertu de la LACC ou de la LFI. Cette clause pourrait faire mention explicitement des dispositions relatives à la bonne foi que renferment ces

*[L']une des clauses
qu'un groupe
d'employés pourrait
chercher à inscrire [...] serait l'obligation de
donner avis d'un dépôt
potentiel en vertu de la
LACC ou de la LFI.*

⁶ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36, art. 18.6 [LACC]. Le LFI renferme une obligation semblable : *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 4.2.

⁷ Voir, par exemple, Jassmine Girgis, « A Generalized Duty of Good Faith in Insolvency Proceedings: Effective or Meaningless? » (2020-2021) 64 Can Bus LJ 98; Ari Y. Sorek et Charlotte Dion, « Good Faith in Insolvency and Restructuring: At the Intersection of Civilian and Common Law Paradigms, at a Fork in the Road or in a Merging Lane? » (2020) Annual Rev Insolvency Law 34; Virginia Torrie, « Implications of the *Bluberi* Decision: An Affirmation of Broad Judicial Discretion in CCAAs and a 'Green Light' for Litigation Funding in Canada » (2021) 36.2 BLFR 277.

⁸ Tracey Henry, Danielle Stampley et Alex St John, « CCAA Duty of Good Faith: Notice Obligations to Union Stakeholders » (2019) Annual Rev Insolvency Law.

lois. Elle devrait indiquer, au moins, le même genre de renseignements qui doivent être communiqués concernant les plans d'un employeur et les changements aux activités en réponse à des demandes de renseignements spécifiques à la table de négociation. Elle pourrait également exiger qu'on explique pourquoi le mécanisme prévu dans la convention collective en cas de situation de nécessité financière n'a pas fonctionné ou n'a pas été déclenché, le cas échéant.

L'avis devrait être envoyé dans un délai suffisant pour permettre au groupe, compte tenu des circonstances, de défendre ses intérêts. Cela s'impose tout particulièrement pour les employés vulnérables qui sont susceptibles d'être touchés de manière significative par une procédure et qui sont autrement incapables de protéger leurs intérêts grâce à des protections contractuelles comme détenir une sûreté. Possiblement, le préavis devrait être donné dès qu'une intention de se placer sous la protection de la LACC se concrétise, ou très peu de temps après.

Les avantages d'une telle clause sont évoqués plus haut. Elle donnerait à un groupe d'employés le temps de contester ou d'influencer l'ordonnance initiale du tribunal et toute négociation collective envisagée, ainsi que d'évaluer les autres actions qu'il pourrait entreprendre (comme exercer des pressions sur le gouvernement et mener une action politique). En outre, toute violation de la clause par l'employeur constituerait une preuve solide que ce dernier a agi de mauvaise foi, en contradiction avec la LACC. Elle pourrait également être invoquée à l'appui d'une ordonnance correctrice comme des dommages et intérêts ou une levée partielle de la suspension des procédures, le temps de régler des griefs ou d'autres questions.

Enfin, les syndicats et d'autres associations d'employés conservent généralement au moins un fonds discrétionnaire pouvant servir à des fins de relations de travail particulières, par exemple un fonds de grève ou un fonds d'urgence. Les agents négociateurs pourraient envisager la possibilité de constituer un fonds d'urgence en cas de restructuration (p. ex. afin de mener une action politique ou d'entamer une procédure) et tâcher de négocier le versement régulier de cotisations à ce fonds.

Enjeux particuliers : la retraite et les avantages sociaux

[L]es régimes de retraite et d'avantages sociaux ont souvent fait les frais des restructurations dans le secteur privé.

Tel que nous l'avons mentionné plus haut, les régimes de retraite et d'avantages sociaux ont souvent fait les frais des restructurations dans le secteur privé. Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada : « L'insolvabilité peut entraîner des conséquences catastrophiques. Les créanciers ordinaires sont souvent laissés impayés. En situation d'insolvabilité, les prestations déterminées promises aux employés pendant leur emploi sont mises en péril⁹ ». Nous croyons qu'il est nécessaire de faire ressortir certains des enjeux particuliers soulevés par les régimes de retraite et d'avantages sociaux.

Les coûts associés à la santé et aux avantages sociaux connexes offerts aux employés en poste, aux régimes de retraite et aux régimes de prestations de soins de santé postérieurs à l'emploi sont souvent regroupés, mais la loi les traite très différemment.

Il existe trois grandes catégories de régimes de prestations de retraite : les régimes à prestations déterminées (qui promettent le versement d'un niveau défini de prestations à la retraite), les régimes à prestations cibles (dans lesquels un niveau défini est projeté, mais uniquement comme cible qui pourrait être réduite dans certaines circonstances) et les régimes à cotisations déterminées (où seule la cotisation est déterminée et le niveau exact des prestations dépend des conditions du marché à la retraite). Dans le secteur universitaire ontarien, on trouve des régimes à prestations déterminées, quelques régimes à cotisations déterminées (mais pas beaucoup) et plusieurs arrangements uniques qu'on appelle des régimes hybrides, qui regroupent des éléments de ces deux catégories. De façon très générale, les régimes de retraite sont strictement réglementés au Canada et doivent être préfinancés par la mise de côté des prestations accumulées par les employés actuels. Cette exigence vise à protéger

⁹ *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 SCC 6, au para. 1 (les juges Deschamps et Moldaver).

les prestations au cas où l'employeur serait dans l'impossibilité de payer à une date ultérieure.

Cela ne signifie pas que les pensions sont entièrement protégées. Il arrive que des employeurs doivent des cotisations à une caisse de retraite qui peuvent atteindre des montants très élevés, si bien que les cotisations sont souvent ciblées quand il faut réduire les coûts et procéder à une restructuration. En résumé, ces cotisations prennent deux formes : les montants à verser dans un fonds de pension pour financer les prestations, ce qu'on appelle les « coûts des services rendus au cours de la période », et les montants dus à un régime de retraite afin de couvrir les déficits inattendus, ce qu'on appelle les « paiements spéciaux ». Dans le contexte d'une restructuration, les coûts des services rendus au cours de la période sont protégés par la loi, en ceci qu'ils ont priorité sur d'autres réclamations des créanciers, mais pas les paiements spéciaux. Ces derniers peuvent atteindre des sommes très élevées – beaucoup plus que les coûts des services rendus – et, dans certains cas, ils représentent les réclamations non garanties les plus importantes à l'endroit d'une entreprise faillie.

[L]es cotisations à une caisse de retraite [...] sont souvent ciblées quand il faut réduire les coûts et procéder à une restructuration.

Les régimes d'avantages liés à la santé et au bien-être sont courants dans toutes les universités (et la majorité des gros employeurs au Canada). Ils couvrent généralement les soins de santé, les soins dentaires, les soins de la vue, l'invalidité de courte et de longue durée, l'assurance-vie et d'autres avantages complémentaires. Contrairement aux régimes de retraite, les programmes d'avantages en matière de santé et de bien-être ne sont pas étroitement réglementés et n'ont pas besoin d'être préfinancés. Par conséquent, ils bénéficient d'une moins bonne protection en cas de crise financière et sont ciblés par les réductions de coûts.

L'interaction de la législation sur les pensions avec la législation sur l'insolvabilité est un domaine compliqué qu'on ne peut pas résumer rapidement. Il convient de noter, aux

fins de la présente section, qu'il reste plusieurs questions de droit non réglées concernant le traitement des pensions dans les restructurations, et qu'elles font souvent l'objet de propositions de réformes législatives. En outre, les avantages en matière de santé et de bien-être sont souvent un point important à la table de négociation dans toute restructuration.

Réformes des politiques et du droit

Dans le chapitre précédent, nous avons décrit des réformes qui pourraient être apportées à la législation, notamment des modifications à la LACC qui soit excluraient les universités publiques, soit rendraient obligatoire la participation du bailleur de fonds publics au processus de restructuration, ainsi qu'à la transaction finale ou au plan final. Ces réformes exigent que le gouvernement fédéral agisse en modifiant la LACC (ce qui pourrait entraîner des modifications correspondantes à la LFI).

À notre avis, des objectifs de réforme législative appropriés nécessitent une

<i>[D]es objectifs de réforme législative appropriés nécessitent une combinaison de modifications aux lois fédérales et provinciales.</i>	combinaison de modifications aux lois fédérales et provinciales. La LACC devrait être modifiée soit afin d'exclure les universités publiques, soit pour conférer de nouveaux pouvoirs aux tribunaux chargés d'appliquer la LACC leur permettant de contraindre la participation des bailleurs de fonds publics, et ajouter des conditions supplémentaires pour l'approbation de toute transaction ou tout plan d'arrangement.
--	--

Parallèlement – et compte tenu du fait qu'un financement d'urgence pourrait être nécessaire pour mener à bien la restructuration d'une université –, des modifications devraient être apportées à la *Loi sur le ministère de la Formation et des Collèges et Universités* (LMFCU) afin d'attribuer au ministre un ensemble clairement défini de pouvoirs l'autorisant à accorder un financement d'urgence de façon provisoire, qui pourrait être récupéré ou remboursé dans un délai raisonnable (p. ex. de cinq à dix ans). Toute partie prenante devrait être en mesure de présenter une demande et de déclencher la procédure. Le versement des fonds pourrait être conditionnel à une

restructuration de l'université qui serait guidée par des principes énoncés dans des clauses types applicables en cas de situation de nécessité financière et menée à bien dans un délai raisonnable (p. ex. 12 mois, avec possibilité de prorogation).

D'autres réformes législatives auraient pour effet de créer un autre processus de restructuration qui réserverait au ministre un rôle plus direct – de façon plus ou moins importante. Ces changements relèvent clairement de la compétence de la province où se situe l'université.

En guise de conclusion, nous sommes conscients que certaines de ces options de réforme législative soulèvent des questions constitutionnelles, particulièrement lorsqu'un régime d'insolvabilité provincial vise à remplacer la LACC sans que ne soit apporté un ensemble coordonné de modifications à la Loi. Les associations de personnel académique et d'autres parties prenantes comme l'ACPPU et l'OCUFA peuvent jouer un rôle fondamental en militant en faveur de réformes législatives coordonnées aux échelons fédéral et provincial.

B. Réponses à une demande

En marge des options de négociation et de réforme du droit dont nous avons déjà discuté, il existe quelques réponses de base au dépôt éventuel d'une demande au titre de la LACC ou d'un avis d'intention de déposer une telle demande (à un stade précoce ou après coup).

Au chapitre 5, nous avons décrit quelques-uns des principaux moyens légaux de contester l'application de la LACC et fait état d'un certain nombre d'arguments et de précédents qui pourraient s'appliquer. Nous avons aussi affirmé qu'il est difficile d'avoir gain de cause dans de telles contestations : toutefois, il existe quelques précédents et ils reposent largement sur l'ensemble des faits présentés au tribunal.

[Si] un groupe d'employés peut influencer le processus [...] ou y réagir rapidement [...], la voix des employés [...] peut s'en trouver renforcée.

Dans la mesure où un groupe d'employés peut influencer le processus menant à la demande initiale, ou y réagir rapidement en présentant des éléments de preuve crédibles, la voix des employés dans le processus initié sous le régime de la LACC peut s'en trouver renforcée.

Les groupes d'employés devraient envisager les mesures suivantes en réponse à un éventuel dépôt :

- Retenir les services de conseillers le plus tôt possible afin qu'ils puissent les aider à évaluer les possibilités juridiques et pratiques d'influencer un dépôt éventuel;
- Essayer de comprendre les causes de la crise de liquidité et les éléments nécessaires à toute restructuration, et prendre position sur ce sujet;
- Tâcher d'influencer le cadre de la procédure en vertu de la LACC, notamment en ce qui a trait aux relations de travail. Parmi les éléments à mettre en exergue, notons le rôle indispensable du bailleur de fonds public, les principes à prendre en considération dans les négociations et compromis touchant les relations de travail, et le rôle indispensable d'autres créanciers (de la même catégorie ou d'autres catégories);
- Élaborer une stratégie visant à renforcer le pouvoir de négociation. Bien que le poids exercé par les employés découle en partie du rôle qu'on leur reconnaît en tant que partie prenante et de leurs droits de vote dans le cadre d'un plan d'arrangement, ils peuvent également déposer des motions devant un tribunal chargé d'appliquer la LACC afin que soient rendues des ordonnances spécifiques protégeant leurs intérêts ou participer à des efforts de mobilisation politique hors cour;
- Évaluer les contestations possibles à la demande déposée qui pourraient être soulevées à l'audience initiale ou à l'occasion d'une nouvelle audience. Il peut s'agir d'une contestation du statut d'insolvabilité de l'université ou d'une remise

en doute de la bonne foi démontrée dans le cadre de la procédure de la LACC. Les contestations peuvent viser également à permettre aux groupes d'employés de participer plus activement aux décisions liées à une procédure et à une restructuration ou à leur fournir les renseignements voulus en temps opportun, entre autres considérations;

- Évaluer la possibilité de faire des réclamations accessoires, par exemple contre des assureurs, des auditeurs ou d'autres établissements fournissant des conseils, y compris d'obtenir un financement pour les procédures judiciaires¹⁰;
- Évaluer les options pour mener d'autres activités extrajudiciaires comme des campagnes publiques et des appels directs à la classe politique.

La stratégie et les tactiques particulières qui interviennent dans la contestation d'un dépôt sous le régime de la LACC dépendront forcément des faits propres à cette procédure et des objectifs véritables que veut atteindre l'université en cherchant à se mettre à l'abri de ses créanciers. Toutefois, l'expérience de l'Université Laurentienne et les thèmes soulignés dans le présent rapport constituent une sorte de guide pour les groupes d'employés qui pourraient être confrontés à une crise financière universitaire à l'avenir.

¹⁰ Voir, par exemple, Kate Rutherford, « Laurentian University Faculty Association files claim against board of governors, senior administrators », *CBC News*, 20 septembre 2021, en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/sudbury/laurentian-faculty-association-directors-officers-claims-1.6179985>; Jaren Kerr, « Britain-based litigation firm to finance lawsuit against Canadian advisers of failed payday lender », *The Globe and Mail*, 28 novembre 2021, en ligne : <www.theglobeandmail.com/business/article-britain-based-litigation-firm-to-finance-lawsuit-against-canadian/>.

Points à retenir

1. *Les groupes d'employés devraient réclamer un durcissement des exigences en matière de transparence et de communication des renseignements sur la situation financière de l'université, notamment en tirant parti des structures de gouvernance et de communication existantes.*
2. *Les groupes d'employés peuvent essayer de négocier de meilleures modalités applicables en cas de situation de nécessité financière afin de renforcer les protections procédurales et d'y ajouter des obligations d'alerte précoce. Des obligations de préavis pourraient accompagner l'obligation d'agir de bonne foi applicable à toutes les parties visées par la LACC, qui devraient être informées conformément aux principes relatifs aux relations de travail.*
3. *Lorsqu'un dépôt sous le régime de la LACC est anticipé, les groupes d'employés devraient retenir les services de conseillers le plus tôt possible pour les aider à prendre des décisions initiales clés, notamment en ce qui a trait au dialogue avec l'employeur, à l'évaluation des causes des problèmes de liquidité et à la nécessité d'une restructuration, ainsi qu'à l'évaluation des arguments juridiques possibles.*
4. *Lorsqu'un dépôt sous le régime de la LACC est anticipé, les groupes d'employés peuvent essayer d'exercer une influence sur la procédure, notamment en ce qui concerne l'ordonnance initiale, et les facteurs à prendre en considération dans toute décision de restructuration, y compris le rôle du bailleur de fonds publics et les autres créanciers. Cela comprend résister à la fausse distinction entre les transactions se rapportant aux relations de travail et les transactions d'autres créanciers.*
5. *En réponse à un dépôt (ou à l'audience initiale), les groupes d'employés devraient évaluer la base factuelle et légale sur laquelle pourrait reposer une contestation de la demande (ou du contenu de l'ordonnance initiale), le cas échéant.*
6. *Les groupes d'employés et leur fédération devraient militer en faveur d'une réforme du droit, y compris par l'ajout de modifications à la fois à la LACC, dans le but d'exclure les universités ou d'obliger la participation des pouvoirs publics, et à la législation provinciale, en vue de faciliter la restructuration lorsqu'elle devient inévitable.*

Annexe A : Chronologie des procédures d'insolvabilité de l'Université Laurentienne¹

Le 21 janvier 2021

- L'Ontario a nommé Alan Harrison, Ph. D., conseiller spécial chargé d'étudier la viabilité financière à long terme de l'Université Laurentienne.

Le 21 janvier 2021

- Le ministère de la Formation et des Collèges et Universités de l'Ontario (« **le Ministère** ») et l'Université Laurentienne (« **la Laurentienne** »).

Le 1^{er} février 2021

- La Laurentienne a déposé une procédure de restructuration sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« **LACC** »).
- Le juge en chef Geoffrey Morawetz de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (« **la Cour** ») lui a accordé une suspension initiale des procédures de 10 jours, a nommé Ernst & Young contrôleur et a imposé une ordonnance de mise sous scellés visant les communications échangées par la Laurentienne et le Ministère entre le 21 et le 25 janvier.

Le 5 février 2021

- La Cour a nommé le juge Sean Dunphy médiateur dans les négociations confidentielles entre la Laurentienne et un sous-comité du Sénat, chacune des universités fédérées, l'Association des professeures et professeurs de l'Université Laurentienne (« **l'APPUL** ») et le Syndicat des employé(e)s de l'Université Laurentienne (« **le SEUL** »).

Le 10 février 2021

- À une nouvelle audience, la cour a approuvé pour la Laurentienne un financement de « débiteur exploitant » et prolongé la suspension des procédures jusqu'au 30 avril.

¹ Pour un sommaire des événements antérieurs au dépôt aux termes de la LACC, voir « Laurentian University: From Surplus to Insolvency, 2001-2021 », *Timeline*, Ontario College of Art and Design Faculty Association. En ligne : cdn.knightlab.com/libs/timeline3/latest/embed/index.html?source=1i7P57g7wMuCoxUKUDnmhh2i4cYQe8v8G0AaRxeJaRA&font=Default&lang=en&initial_zoom=2. Pour obtenir l'information la plus récente sur le processus entamé aux termes de la LACC, voir Ernst & Young Inc., Centre de documentation de restructuration – Université Laurentienne de Sudbury, en ligne : documentcentre.ey.com/#/detail-engmt?eid=459.

Le 26 février 2021

- En réponse à plusieurs avis d'opposition à l'ordonnance de mise sous scellés à l'égard des communications échangées par la Laurentienne et le Ministère, la Cour a confirmé l'ordonnance initiale.

Le 31 mars 2021

- La Cour d'appel de l'Ontario a refusé l'autorisation d'interjeter appel de l'ordonnance de mise sous scellés.

Le 1^{er} avril 2021

- Après plusieurs semaines de négociations infructueuses, la Laurentienne a avisé les trois universités fédérées qu'elle résiliait l'entente de fédération à partir du 1^{er} mai 2021.

Le 5 avril 2021

- La Laurentienne et l'Université de Huntington ont conclu une entente transitoire.
- La Laurentienne et le SEUL ont conclu une nouvelle entente prévoyant la mise à pied de 42 syndiqués.

Le 6 avril 2021

- Le sénat de la Laurentienne a approuvé un plan qui prévoit la fermeture de 38 programmes d'études de premier cycle en anglais et de 27 en français de même que de 7 programmes de deuxième et troisième cycles en anglais et de 4 en français.

Le 7 avril 2021

- La Laurentienne et l'APPUL ont signé une liste de conditions qui établit les principales modalités d'une nouvelle convention collective et selon laquelle, notamment, 116 postes de professeurs à temps plein seront déclarés excédentaires et les salaires réduits de 5 % à partir du 1^{er} mai 2021. Une autre disposition prévoit la tenue d'un examen de la gouvernance afin d'évaluer l'efficacité et le fonctionnement interne du conseil d'administration et du sénat de la Laurentienne. Certaines des modalités sur lesquelles les parties n'ont pu s'entendre devaient faire l'objet d'un arbitrage exécutoire.

Le 12 avril 2021

- La Laurentienne a avisé les membres du corps professoral mis à pied.

Le 13 avril 2021

- Les membres du SEUL ont ratifié la nouvelle liste de conditions.

Le 29 avril 2021

- La Cour a brièvement prolongé la suspension des procédures jusqu'au 2 mai 2021 pour permettre l'examen de certaines motions.

Le 2 mai 2021

- La Cour a approuvé une augmentation du financement de débiteur-exploitant, les négociations de la liste de conditions avec le SEUL et l'APPUL, et a prolongé la suspension des procédures jusqu'au 31 août 2021.
- La Cour a rejeté les motions déposées par l'Université Thorneloe et l'Université de Sudbury pour s'opposer à la résiliation de l'entente de fédération par la Laurentienne.

Le 31 mai 2021

- La Cour a approuvé un processus de réclamation afin d'identifier et de déterminer les réclamations des créanciers et a fixé au 30 juillet 2021 la date limite pour le dépôt des réclamations.

Le 21 juin 2021

- L'arbitre Kaplan a rendu sa sentence et réglé les dernières modalités de la nouvelle convention collective avec l'APPUL.

Le 23 juin 2021

- La Cour d'appel de l'Ontario a refusé l'autorisation d'en appeler du rejet de l'avis d'opposition déposé par l'Université Thorneloe à l'encontre de la résiliation par la Laurentienne de l'Entente de fédération.

Le 5 juillet 2021

- La Cour a nommé Cushman & Wakefield conseiller immobilier et l'a chargé d'aider la Laurentienne à élaborer un plan pour monétiser son portefeuille immobilier.

Le 28 juillet 2021

- La Cour a repoussé la date limite de présentation de réclamations par les créanciers au 20 août 2021.

Le 5 août 2021

- La Laurentienne a publié une demande de propositions pour l'examen de sa gouvernance. La date limite pour y répondre était le 31 août 2021.

Le 27 août 2021

- La Cour a accordé à la Laurentienne de prolonger jusqu'au 31 janvier 2022 la suspension des procédures afin de lui donner le temps de dresser la liste des réclamations des créanciers, de négocier un plan et de mettre en œuvre les recommandations de l'examen interne.

Le 26 octobre 2021

- La Laurentienne a retenu les services des experts-conseils en gestion Nous Group pour effectuer l'examen de son fonctionnement et de sa gouvernance.

Annexe B : Commentaires divers sur l'insolvabilité de l'Université Laurentienne²

A. Communiqués de presse

Union des Associations des Professeurs des Universités de l'Ontario et Association des professeures et professeurs de l'Université Laurentienne, *Crise financière de l'Université Laurentienne causée par l'érosion de la gouvernance et du financement public : le ministre doit fournir un financement à long terme* (2 février 2021)

Association canadienne des professeures et professeurs d'université, *Déclaration de l'ACPPU sur l'Université Laurentienne* (3 février 2021)

Union des Associations des Professeurs des Universités de l'Ontario, *As Laurentian's funding crisis continues, Ministry of Colleges and Universities refuses to take action* (23 février 2021)

Union des Associations des Professeurs des Universités de l'Ontario, *Laurentian University President is wrong: There's no respect for stakeholders in CCAA process* (9 mars 2021)

Union des Associations des Professeurs des Universités de l'Ontario, *CCAA process continues to fail public institutions as Laurentian Senate is forced to vote on restructuring package* (6 avril 2021)

Union des Associations des Professeurs des Universités de l'Ontario, *OCUFA calls for resignation of Ross Romano amid devastating cuts to jobs and programs at Laurentian University* (12 avril 2021)

Union des Associations des Professeurs des Universités de l'Ontario et Association des professeures et professeurs de l'Université Laurentienne, *La haute direction de la Laurentienne et le ministre des Collèges et Universités devraient démissionner dans la foulée de la crise financière* (14 avril 2021)

² Pour obtenir des résumés d'articles de presse et d'articles d'opinion, voir la University of Toronto Faculty Association, *Articles: The Laurentian crisis and the fight for funding* (2021), en ligne : <www.utfa.org/content/articles-laurentian-crisis-and-fight-funding>; Association canadienne des professeures et des professeurs d'université, *La Laurentienne – La procédure actuelle* (2021), en ligne : <<https://www.caut.ca/fr/content/la-laurentienne-la-procedure-actuelle>>; Wikipedia, « 2021 Laurentian University financial crisis » (dernière révision le 30 novembre 2021), en ligne : <en.wikipedia.org/wiki/2021_Laurentian_University_financial_crisis>.

Union des Associations des Professeurs des Universités de l'Ontario, CCAA at Laurentian University threatens Indigenous studies and the Truth and Reconciliation Commission's calls to action (30 avril 2021)

B. Articles de presse

Shawn Jeffords, « L'Université Laurentienne accumulait les déficits depuis 2014, selon un rapport », *La Presse canadienne* (14 février 2021)

« Don't blame CCAA process for Laurentian University's financial troubles, insolvency expert says », *CBC News* (19 avril 2021)

Colleen Flaherty, « A University in Tatters », *Inside Higher Ed* (29 avril 2021)

« Politicians point fingers over Laurentian University insolvency », *CBC News* (3 juin 2021)

Nathan M Greenfield, « Laurentian – Insolvency, mass firings and the erosion of multiculturalism », *University World News* (5 juin 2021)

« Laurentian University president addresses insolvency and return to classes », *CBC News* (8 septembre 2021)

« Committee issues declaration on restoring university education in Sudbury », *CBC News* (9 septembre 2021)

Lyndsay Aelick, « Sudbury group aims for educational equity for French and Indigenous post-secondary students », *CTV News* (10 septembre 2021)

Kate Rutherford, « Laurentian University Faculty Association files claim against board of governors, senior administrators », *CBC News* (20 septembre 2021)

« University of Sudbury transfers Indigenous studies online courses to Kenjigewin Teg », *CBC News* (7 octobre 2021)

« Province in no hurry to get involved in Laurentian situation », *The Sudbury Star* (19 octobre 2021)

Darren MacDonald, « Court documents detail standoff between Laurentian, auditor general, over insolvency audit », *CTV News* (20 octobre 2021)

Darren MacDonald, « Laurentian University picks firm to conduct operational review », *CTV News* (28 octobre 2021)

Heidi Ulrichsen, « Union leader says it's 'disappointing' Laurentian University restructuring could last until end of 2022 », *Northern Ontario Business* (2 novembre 2021)

« Enrolment at Laurentian University in Sudbury, Ont., down 14% this fall amid restructuring », *CBC News* (4 novembre 2021)

Heidi Ulrichsen, « Full report on Laurentian's real estate holdings likely won't be made public, president says », *Sudbury.com* (9 novembre 2021)

« Ontario's auditor general says Laurentian lacks transparency », *CBC News* (1^{er} décembre 2021)

Darren McDonald, « Laurentian was treading water financially until it started construction projects, auditor general says », *CTV News* (1^{er} décembre 2021)

Erik White, « 'The best word to describe it is strange': financial crisis looms over Laurentian University this fall », *CBC News* (6 décembre 2021)

« Laurentian University, Ontario auditor general argue right to privileged documents in value-for-money audit », *CBC News* (6 décembre 2021)

Erik White, « Ontario legislature to vote on issuing warrant for Laurentian University documents », *CBC News* (8 décembre 2021)

C. Articles d'opinion

Dave McKee, « Laurentian Bankruptcy: Neoliberal Policies Get the Failing Grade », *People's Voice* (3 février 2021)

John Peters, « Shock Therapy: Public Funding and the Crisis at Laurentian University », *The Bullet* (20 février 2021)

Mary Ann Corbiere et Darrel Manitowabi, « Is Indigenous education in jeopardy at Laurentian University? », *Anishinabek News* (13 mars 2021)

Stéphanie Chouinard, « L'éducation postsecondaire de langue française en Ontario : crise ou opportunité? », *Le Voyageur (Sudbury)* (29 mars 2021)

Donald Dennie, « A university 'by and for' francophones », *Northern Ontario Business* (31 mars 2021)

Ken Coates, « The bigger picture: comparing Laurentian University and Université de l'Ontario français to the national post-secondary landscape », *Northern Ontario Business* (1^{er} avril 2021)

Konrad Yakabuski, « Laurentian cuts serve as a warning for other Canadian universities », *The Globe and Mail* (16 avril 2021)

Adam D.K. King, « Laurentian University Is A Casualty Of The Neoliberal Assault On Higher Education », *Passage* (21 avril 2021)

Min Sook Lee, « Laurentian University crisis a story of political interference and defunding of education », *Rabble* (22 avril 2021)

Reuben Roth, « Subjects of the New Corporate University: The Sabotage of Laurentian University », *The Bullet* (5 mai 2021)

Dieter K. Buse, « Unmaking a university: Laurentian's insolvency », *The Sudbury Star* (26 juin 2021)

David Leadbeater, « Laurentian University Insolvency Reflects a Structural Crisis in Ontario's Neoliberal University System », *The Bullet* (2 juillet 2021)

Tricultural Committee for University Education at Sudbury, « LU mandate must change: Tricultural group », *The Sudbury Star* (17 octobre 2021)

Denis Constantineau, « Three universities would best serve Sudbury », *The Sudbury Star* (2 novembre 2021)

Douglas Goldsack, « Decades of questionable decisions led Laurentian University into this mess », *Sudbury.com* (26 novembre 2021)

D. Billets de blogue

Alex Usher, « Laurentian Blues (4) – Who Is Next? », *Higher Education Strategy Associates* (9 février 2021)

Alex Usher, « Laurentian Blues (6) – The Model », *Higher Education Strategy Associates* (8 mars 2021)

Alex Usher, « Laurentian Blues (7) – The Process », *Higher Education Strategy Associates* (13 avril 2021)

Alex Usher, « Laurentian Blues (8) – Causes, Fault and Lessons », *Higher Education Strategy Associates* (15 avril 2021)

Tasha Beeds, « Sparking Change from the Colonial Crisis of the Laurentian Insolvency Debacle: Let Them Burn their Own Houses Down... A Call for An Inter-Indigenous Nation to Nation University », *kâ-pimotêt aski-iskwêw (Walking Earth Woman)* (22 avril 2021)

E. Exposés de synthèse

Maureen Gustafson, Sebastien Lefebvre et Robyn Rowe, « Insolvency, Indigenous Research & the Uncertain Future of Laurentian University », *Yellowhead Institute*, (19 avril 2021)

Australian Centre for Philanthropy and Non-Profit Studies, « Laurentian University of Sudbury, 2021 ONSC 659 », *Legal Case Reports Series* (juillet 2021)

F. Commentaires juridiques

Jasmine Girgis, « A Generalized Duty of Good Faith Applied to Disclaimer Under the CCAA », commentaire juridique sur l'affaire *Laurentian University v. Sudbury University*, *ABlawg* (1^{er} juin 2021)

Reviewing CCAA Disclaimers Requires Balancing of Interests, commentaire juridique sur l'affaire de l'Université Laurentienne de Sudbury, Thornton Grout Finnegan LLP (29 juin 2021)

Top 5 Key Takeaways from 'A Panel Discussion about the CCAA', McCarthy Tétrault LLP (19 juillet 2021)

Virginia Torrie, « Laurentian University of Sudbury: A Consideration of Restructuring, Public Institutions and the Public Interest », *Revue Canadienne du droit du commerce*, vol. 65 (2022) [à paraître].

Annexe C : Protections des employés dans les procédures de restructuration

Cette annexe donne un bref sommaire des protections accordées aux employés et aux syndicats dans les restructurations sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« **LACC** »)¹ et de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« **LFI** »)². Elle a pour objectif de compléter la discussion présentée dans ce rapport avec des éléments d'information plus techniques sur la règle qui s'applique aux groupes d'employés et aux réclamations dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité commerciale.

Il importe de noter qu'une entreprise peut aussi entamer une procédure de restructuration en vertu d'autres lois, mais que cela se fait le plus souvent sous le régime de la LACC ou de la LFI³. De plus, il existe divers régimes provinciaux de droit du travail qui peuvent s'appliquer dans les procédures d'insolvabilité, comme les lois qui régissent les régimes de retraite et les lois sur les sociétés qui reconnaissent une responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires impayés⁴.

Cette annexe propose de se pencher sur les aspects suivants :

- survol des deux régimes législatifs;
- discussion sur les personnes ayant le droit de participer à la procédure dans un contexte d'insolvabilité;

¹ *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36 [LACC].

² *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 [LFI].

³ Voir par exemple la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. (1985), ch. W-11, partie III; la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 192; et la *Loi sur les transports du Canada*, L.C. 1996, ch. 10, partie III, section V.

⁴ Voir par exemple la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, LO 2000, ch. 41, partie XX. Généralement, ces régimes provinciaux dépassent le cadre de ce rapport, de même que les réclamations de l'État sur les retenues effectuées à la source sur le salaire des employés (comme l'impôt sur le revenu, les cotisations à l'assurance-emploi et au Régime de pensions du Canada) et les autres fiducies d'origine législative ou réputées; les lois régissant les employeurs subséquents ou le transfert/la vente d'entreprises insolubles; et la responsabilité des contrôleurs, des séquestres et des syndics envers les employés.

- état des conventions collectives et des contrats de travail dans une procédure en cas d'insolvabilité;
- fonctionnement du Programme fédéral de protection des salariés qui protège les intérêts de certains travailleurs;
- l'état des réclamations relatives à la pension de retraite dans une procédure en cas d'insolvabilité;
- les obligations de sortir des procédures de restructuration, des plans d'arrangement prévus ou des propositions.

A. Survol

Comme nous en avons discuté au chapitre 1 de ce rapport, une compagnie débitrice pour laquelle les réclamations dépassent 5 millions de dollars peut généralement se restructurer sous le régime de la LACC⁵. Par conséquent, les restructurations sous ce régime sont plus fréquentes chez les compagnies de plus grande taille et plus complexes. En comparaison, les restructurations sous le régime de la LFI sont techniquement proposées aux débiteurs qui ont au moins 1 000 \$ de dettes⁶.

Une compagnie qui se place sous la protection de la LACC (une « compagnie débitrice ») cherche à se restructurer et à réduire ses coûts. L'objectif ultime d'une procédure de restructuration est de déposer au tribunal un « plan de transaction ou d'arrangement » qui peut inclure toute transaction proposée sur des dettes antérieures aux procédures. Sous le régime de la LFI, une compagnie débitrice peut faire une « proposition » semblable à ses créanciers. De fait, c'est même là l'objectif de la procédure.

⁵ LACC, précité à la note 1, para. 2(1), « compagnie débitrice ».

⁶ LFI, précité à la note 2, art. 2, « personne insolvable ». La LFI fait une différence entre les propositions générales et les « propositions de consommateur » prévues pour les débiteurs dont la dette totale ne dépasse pas 250 000 \$: art. 66.11, « débiteur consommateur ». Les propositions de consommateurs sont régies par la section II de la partie III de la *Loi*, tandis que les propositions générales le sont par la section I de la partie III de la *Loi*.

Pour négocier le plan d'arrangement, les compagnies cherchent normalement à obtenir une suspension des procédures intentées contre elles avant de commencer à négocier avec les créanciers⁷. Nous discutons des conséquences des suspensions des procédures aux chapitres 1 à 3. La procédure est souple et, sauf aux étapes initiales, ne s'accompagne pas d'échéances strictes.

À titre comparatif, sous le régime de la LFI, ce processus commence souvent par le dépôt d'un « avis d'intention » qui donne au débiteur 30 jours pour déposer une proposition auprès du séquestre officiel⁸. Le débiteur peut demander la prorogation de ce délai à raison d'un maximum de 45 jours à la fois en s'adressant au tribunal. Cependant, le total des prorogations successives ne doit pas dépasser six mois (y compris la période initiale de 30 jours de l'avis d'intention)⁹. Si un débiteur omet de déposer une proposition durant cette période, il est réputé avoir fait une cession en faillite¹⁰.

La LACC et la LFI contiennent des dispositions semblables concernant le traitement des conventions collectives et des contrats de travail. Elles exigent toutes deux un plan d'arrangement ou une proposition qui inclut les paiements minimaux à verser aux employés dans le cadre d'une répartition des avoirs en cas de faillite.

Advenant une cession en faillite, une mise sous séquestre, le dépôt d'une demande sous le régime de la LFI ou le dépôt d'une demande de restructuration ou de liquidation sous le régime de la LACC, le Programme fédéral de protection des salariés (PPS) donne aux employés un mécanisme de protection fondamental. En effet, si une entreprise fait faillite et que ses avoirs sont liquidés (vendus) par n'importe lequel des moyens cités, le PPS peut couvrir certaines réclamations des employés, dont nous

⁷ LACC, précité à la note 1, art. 11.02; LFI, précité à la note 2, par. 69(1) et art. 69.1.

⁸ LFI, précité à la note 2, art. 50.4.

⁹ *Ibid*, para. 50.4(9)

¹⁰ *Ibid*, para. 50.4(8)-(9). Comme sous le régime de la LACC, pour obtenir une prorogation, le demandeur doit montrer que le débiteur agit de bonne foi et avec la diligence voulue, que, selon toute probabilité, il sera en mesure de faire une proposition viable s'il obtient une prorogation et que la prorogation n'entraînera pas de préjudice sérieux aux créanciers.

discutons ci-dessous. En revanche, il ne peut rien dans le cas d'une simple restructuration qui n'entraîne pas la liquidation du commerce.

Dans la pratique, la plupart des employeurs de grosse taille essaient de se restructurer sous le régime de la LACC et si cela ne fonctionne pas, ils optent pour la liquidation.

B. Droit d'ester en justice – Qui peut entamer les procédures et y participer?

LACC

Tout « intéressé » peut déposer une demande sous le régime de la LACC à l'endroit d'une compagnie débitrice. Cet intéressé peut être un syndicat ou un employé, quoiqu'il faille inclure dans une demande initiale des renseignements financiers auxquels seule la compagnie débitrice a accès¹¹. Dans la plupart des cas, la procédure initiale est entamée par l'employeur/débiteur.

Dans le cadre de procédures pour insolvabilité, les employés ou les agents de négociation sont des créanciers et reçoivent normalement un avis après que l'employeur/débiteur s'est placé sous la protection de la loi.

Parfois, les tribunaux peuvent aussi accorder le droit d'ester en justice à une catégorie plus vaste d'intéressés sociaux lorsqu'ils le jugent approprié¹².

La compagnie débitrice, un de ses créanciers, le syndic en matière de faillite ou le liquidateur peut déposer une requête pour obtenir l'autorisation de présenter un plan de transaction ou d'arrangement aux créanciers¹³.

¹¹ LACC, précité à la note 1, para. 10(2), art. 11.

¹² Voir par exemple *Anvil Range Mining Corp.*, 1998, CarswellOnt 5319 (Ont Gen Div), para. 2; Virginia Torrie et Vern DaRe, « The Participation of Social Stakeholders in CCAA Proceedings », *Annual Review of Insolvency Law*, no. 17 (2020), p. 369.

¹³ LACC, précité à la note 1, art. 4-5.

On se demande parfois si un groupe d'employés ou des particuliers peuvent s'opposer à une procédure sous le régime de la LACC dès le départ. Il s'avère qu'un employé ou un syndicat peut contester une requête sous le régime de la LACC ou la prorogation de la suspension des procédures¹⁴. Nous discutons au chapitre 5 de diverses causes où des personnes ont tenté de procéder ainsi. Jusqu'à présent, ce genre de tentative d'opposition n'a pas souvent eu le succès escompté.

LFI

La plupart des restructurations se font sous le régime de la LACC. À titre comparatif, sous le régime de la LFI, tout créancier ayant une réclamation prouvable peut faire une requête en faillite à l'endroit d'une entreprise admissible¹⁵. Cela pourrait inclure un employé, actuel ou ancien, puisque les dettes ou obligations présentes ou à venir de l'entreprise le jour de la faillite peuvent être des réclamations prouvables.

Toutefois, une proposition en vertu de la LFI ne peut être faite que par une personne insolvable, un failli, un séquestre, un liquidateur ou un syndic¹⁶. Par conséquent, il n'est pas possible pour un employé ou un agent négociateur d'entamer des procédures contre un employeur insolvable pour que celui-ci dépose une proposition sous le régime de la LFI¹⁷.

C. Conventions collectives

LACC

Une autre question se pose, celle de savoir si une convention collective reste en vigueur pendant une restructuration ou si elle est suspendue ou modifiable.

¹⁴ Voir par exemple *Dura Automatic Systems (Canada) Ltd.*, 2010 ONSC 1102 (CanLII).

¹⁵ *LFI*, précité à la note 2, para. 43(1).

¹⁶ *LFI*, précité à la note 2, art. 50.

¹⁷ Cependant, ils pourraient recourir à d'autres procédures en matière d'insolvabilité, comme une requête de mise en faillite involontaire. Voir par exemple *Christiansen v. Paramount Developments Corp.*, 1998 ABQB 1005 (CanLII) (où un ancien actionnaire minoritaire a obtenu une ordonnance de séquestre contre la compagnie après que celle-ci a mis fin à son emploi et à sa participation comme membre du conseil d'administration).

Les tribunaux qui administrent la LACC n'ont plus le droit d'annuler une convention collective ou de céder les droits et obligations qui en découlent¹⁸. Les conventions collectives restent en vigueur et ne peuvent être ni modifiées ni rejetées, sauf dans des circonstances limitées¹⁹. Cela exige que les parties négocient les changements dans le cadre du plan de restructuration.

Cependant, si les parties ne parviennent pas à s'entendre, la compagnie débitrice peut, moyennant un préavis de cinq jours, demander que le tribunal l'autorise, par ordonnance, à donner à l'agent négociateur un avis de négociations pour que celui-ci entame des négociations collectives conformément aux règles de droit applicables²⁰. (Le résultat est le même que dans le cas d'un contrat expiré, auquel s'appliqueraient les procédures prévues par la loi sur les relations du travail, sauf que l'affaire relève maintenant du tribunal chargé d'administrer la LACC et qu'il peut approuver d'autres méthodes de règlement des différends comme l'arbitrage exécutoire.) Cela dit, dans la pratique, les groupes d'employés sont généralement extrêmement pressés de renégocier les dispositions des conventions collectives et c'est souvent ce qu'ils font.

Pour ce qui est du processus, le tribunal pourrait ne rendre l'ordonnance autorisant l'avis de négociations que s'il est convaincu a) qu'une transaction ou un arrangement viable à l'égard de la compagnie ne pourrait être fait compte tenu des dispositions de la convention collective; b) que la compagnie a tenté de bonne foi d'en négocier de nouveau les dispositions; c) qu'elle subirait vraisemblablement des dommages irréparables si l'ordonnance n'était pas rendue²¹.

Toute révision ou transaction visant la convention collective entraîne pour l'agent négociateur une réclamation à titre de créancier chirographaire pour une somme équivalant à la valeur des concessions accordées à l'égard de la période non écoulée de la convention²². Toutefois, les créances antérieures à l'ordonnance initiale peuvent

¹⁸ LACC, précité à la note 1, al. 11.3(2)c), 32(9)b).

¹⁹ *Ibid*, para. 33(1).

²⁰ *Ibid*, para. 33(2).

²¹ *Ibid*, para. 33(3).

²² *Ibid*, para. 33(5).

quand même faire l'objet d'une transaction²³. Le vote des créanciers sur une transaction ou un arrangement ne peut être retardé pour la seule raison que le délai imposé par les règles de droit aux négociations collectives n'est pas expiré²⁴.

Même dans les cas où la convention existante reste en vigueur, étant donné que le processus de grief est suspendu et que la LACC a primauté sur la loi provinciale régissant la négociation collective, la compagnie débitrice peut, avec l'autorisation du tribunal, imposer une autre procédure d'arbitrage des griefs (par exemple un arbitrage accéléré)²⁵.

De façon générale, la suspension des procédures imposée par la LACC doit être interprétée largement et s'applique aux actions intentées à l'endroit d'une convention collective²⁶.

Les tribunaux ont aussi défendu l'idée que même si, en fin de compte, il est établi que les employés ne sont pas des créanciers d'une compagnie débitrice, une demande d'accréditation syndicale pour devenir agent négociateur constitue une procédure passible de suspension²⁷. Cependant, dans l'affaire *Sears Canada Inc. v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213*, la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique a déterminé que ses procédures (contrairement aux procédures d'arbitrage) étaient couvertes par l'exception à la suspension, prévue à l'article 11.1 de la LACC, qui permet les investigations, actions, poursuites ou autres procédures par un organisme administratif²⁸. Si la commission peut entendre les griefs qui relèvent de sa compétence, le paragraphe 11.1(2) l'empêche d'accorder des indemnités. Dans l'affaire en question, elle a refusé de s'écarter de sa politique

²³ Voir par exemple *TQS Inc.*, [2008] JQ no 7151 (Que CA); *AbitibiBowater Inc.*, [2009] JQ no 7160 (Que CS).

²⁴ *Ibid*, para. 33(4).

²⁵ Voir par exemple *Essar Steel Algoma Inc.*, 2016 ONSC 1802 (CanLII).

²⁶ Voir par exemple *A.R. Clarke Ltd.* (2000), 89 LAC (4th) 190 (Arbitre : Liang) (Suspension, ordonnée par le tribunal, des procédures à l'encontre de l'employeur aux termes de la LACC; ajournement de l'audience d'arbitrage).

²⁷ *Hawkair Aviation Services Ltd.*, [2006] BCJ No 938 (QL), au para. 27 (BCSC).

²⁸ *Sears Canada Inc. v International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213*, 2017 CanLII 69395 (BC LRB).

générale de renvoi à l'arbitrage sauf pour un grief concernant un congédiement injustifié déposé par le syndicat, en raison de l'importance de la réclamation et parce que le syndicat était conscient de la difficulté d'imposer un quelconque mécanisme de remboursement avant la levée de la suspension. Autrement dit, la suspension des procédures sous le régime de la LACC s'applique clairement à l'arbitrage de griefs et à d'éventuelles indemnisations, mais, selon les circonstances, un certain flou entoure l'exception que constitue ou non des procédures devant une commission des relations de travail.

LFI

La manière d'enclencher une procédure sous le régime de la LFI, c'est-à-dire le dépôt d'un avis d'intention ou d'une proposition comme on les appelle, entraîne une suspension complète des procédures qui s'étend à toutes les réclamations à l'encontre de la compagnie débitrice en rapport avec les services rendus avant la date de dépôt²⁹. Cela s'apparente à la suspension des procédures prévue par la LACC.

Et de la même façon, dans le cas d'une proposition déposée sous le régime de la LFI, un tribunal ne peut écarter ou céder des conventions collectives³⁰. Une personne insolvable peut demander l'autorisation d'émettre un avis de négociations suivant des modalités analogues à celles de la LACC³¹. Toute concession accordée devient ici aussi une réclamation non garantie³².

Dans l'affaire *Romspen Investment Corp. v. Courtice Auto Wreckers Ltd.*, le syndicat a tenté de faire lever une suspension imposée à la suite d'une mise sous séquestre afin de pouvoir faire une demande d'accréditation et déposer des plaintes pour pratiques déloyales contre la compagnie insolvable³³. Une majorité de la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la décision du juge saisi de la requête et a autorisé l'accréditation parce qu'il

²⁹ *LFI*, précité à la note 2, art. 69–69.1.

³⁰ *Ibid*, al. 65.11(10)c), 84.1(3)c).

³¹ *Ibid*, para. 65.12(1)-(2).

³² *Ibid*, para. 65.12(4).

³³ *Romspen Investment Corp. v. Courtice Auto Wreckers Ltd.*, 2017 ONCA 301 (CanLII), autorisation d'interjeter appel refusée, 2018 CanLII 11140 (SCC).

n'y avait aucune garantie qu'elle allait assurer aux employés un avantage sur les autres créanciers. Le juge dissident a souligné que le régime fédéral d'administration des faillites avait primauté et que le fait de lever la suspension allait nuire aux autres créanciers, suggérant ainsi que la décision de la majorité allait, de façon plus générale, causer des problèmes au droit de l'insolvabilité (y compris dans l'application de la LACC).

Divulcation

Sous les deux régimes de la LACC et de la LFI, lorsqu'un avis de négociations est émis, l'agent négociateur peut demander une ordonnance imposant la divulgation des renseignements sur les affaires et la situation financière de la personne insolvable et utiles aux négociations collectives entre les parties³⁴. Le tribunal peut restreindre l'obligation de fournir ces renseignements ou imposer des conditions à leur communication.

La LACC prévoit maintenant un mécanisme supplémentaire permettant à une partie de demander que le tribunal impose la divulgation de tout intérêt économique qu'une autre partie détient dans la compagnie débitrice aux conditions que le tribunal estime indiquées³⁵. Le tribunal doit considérer le fait que le contrôleur a approuvé ou non la divulgation proposée, le fait que la divulgation proposée favoriserait ou non la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable et le fait que la divulgation proposée causerait ou non un préjudice sérieux à toute personne intéressée³⁶. Par « intérêt économique », la Loi veut dire une réclamation, un contrat financier admissible³⁷, une option ou une hypothèque, un gage, une charge, un nantissement, un privilège ou un autre droit qui grève un bien et la contrepartie payée pour l'obtention de tout intérêt ou droit ou tout autre intérêt ou droit prévus par règlement. Cette disposition a pour objet de régler le problème du déséquilibre dans l'information entre les parties et,

³⁴ LACC, précité à la note 1, para. 33(6); LFI, précité à la note 2, para. 65.12(5).

³⁵ LACC, précité à la note 1, para. 11.9(1).

³⁶ *Ibid*, para. 11.9(2).

³⁷ Un « contrat financier admissible » s'entend de divers types de contrats dérivés, de contrats relatifs à des titres ou à des actions, y compris les prêts, les indemnités et les sûretés portant sur une garantie, comme le prescrit le *Règlement sur les contrats financiers admissibles (Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies)*, DORS/2007-257.

en particulier de rendre les procédures sous le régime de la LACC plus accessibles aux pensionnés et aux employés³⁸. Néanmoins, jusqu'à présent, il semble qu'on se soit uniquement appuyé sur le contrôleur pour qu'il exige la divulgation d'une liste des actionnaires³⁹.

D. Contrats individuels de travail

LACC

Dans le cas d'une procédure sous le régime de la LACC, les relations de travail se poursuivent. Toutefois, il peut arriver que des contrats individuels de travail soient « résiliés » (c'est-à-dire annulés) sans que le débiteur soit obligé de verser d'indemnités de départ ou de préavis (lesquelles deviennent normalement des réclamations non garanties, comme nous en discutons plus loin)⁴⁰. Avant de rendre une ordonnance à cet effet, le tribunal prend en considération le fait que le contrôleur ait ou non approuvé la résiliation proposée, le fait que la résiliation favorise ou non la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable et le fait que la résiliation cause ou non de sérieuses difficultés financières à une partie au contrat⁴¹. Le formulaire d'ordonnance initiale en vertu de la LACC de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (rôle commercial), qui sert de formulaire par défaut aux juges dans la majorité des affaires mettant en cause la LACC, déclare que le demandeur peut mettre fin à l'emploi d'un employé ou le mettre à pied temporairement s'il le juge indiqué⁴².

Dans le cadre d'une restructuration, un débiteur peut demander au tribunal d'approuver un « plan de maintien en poste du personnel clé », y compris un droit réel sur l'actif du

³⁸ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, « Améliorer la sécurité de la retraite des Canadiens (Document de consultation) » (22 novembre 2018), en ligne : <www.ic.gc.ca/eic/site/116.nsf/fra/00001.html>; Sénat, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, Témoignages, 42-1, fascicule n° 56 (8 mai 2019) (Mark Schaan), en ligne : <sencanada.ca/fr/Content/Sen/Committee/421/BANC/56ev-54778-f>.

³⁹ Voir *Accel Canada Holdings Limited*, 2020 ABQB 116.

⁴⁰ LACC, précité à la note 1, para. 32(1).

⁴¹ *Ibid*, para. 32(4).

⁴² Formulaire d'ordonnance initiale en vertu de la LACC, para. 11(b), en ligne : Cour supérieure de justice <https://www.ontariocourts.ca/scj/fr/pratique/directives-de-pratique/toronto/#Formules_du_role_commercial>. Les formulaires d'ordonnance sont élaborés et approuvés par le Comité des utilisateurs du rôle commercial.

débiteur pour assurer le versement des salaires des employés en cause, afin d'éviter que certains employés jugés essentiels au succès de la restructuration ne partent⁴³.

LFI

Dans une proposition déposée sous le régime de la LFI, les contrats de travail peuvent aussi être résiliés de la même façon et selon des conditions analogues à celles prévues par la LACC⁴⁴. Les employés bénéficient d'une sûreté super-prioritaire correspondant à l'arriéré salarial accumulé sur une période de six mois (voir la prochaine section).

E. Salaires

LACC

Le débiteur doit poursuivre ses paiements relatifs à la fourniture de services par les employés puisqu'aucune ordonnance de suspension des procédures ne peut interdire à une personne d'exiger un paiement immédiat pour les services fournis⁴⁵. Cependant, cette disposition est interprétée de manière restrictive et ne s'applique qu'aux services fournis après l'ordonnance plutôt qu'aux obligations postérieures au prononcé de l'ordonnance, mais découlant en substance de services fournis antérieurement (comme les indemnités de préavis qui sont des créances non garanties soumises à la suspension des procédures sous le régime de la LACC). La question fondamentale est de savoir si l'employé a fourni les services visés par le paiement après la date de l'ordonnance initiale⁴⁶. Un tribunal peut suspendre temporairement d'autres paiements exigés par une convention collective, puisqu'il est alors question d'une suspension et non de l'extinction des obligations de l'employeur⁴⁷.

⁴³ Voir par exemple *Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303 au para. 57; Michael Nowina & Gillian Maharaj, « Key Employee Retention Plans in Canadian Restructuring Proceedings », commentaire de l'affaire *Aralez Pharmaceuticals Inc.* (2019) 34 BFLR 491.

⁴⁴ LFI, précité à la note 2, para. 65.11(1), (5).

⁴⁵ LACC, précité à la note 1, al. 11.01a).

⁴⁶ *Nortel Networks Corp.*, [2009] OJ No 2558, (Ont SCJ) [*Nortel*]; *AbitibiBowater Inc.*, 2009 QCCS 2028 (CanLII); *Windsor Machine & Stamping Ltd.*, [2009] OJ No 3196 (Ont SCJ).

⁴⁷ *Nortel*, *ibid.* Voir aussi *Fraser Papers Inc.*, [2009] OJ No 3188 (Ont SCJ).

Le Programme fédéral de protection des salariés, qui assure une priorité absolue au paiement de certains arriérés salariaux dans le cadre d'une faillite ou d'une mise sous séquestre, s'applique aussi maintenant aux procédures de restructuration à des fins de liquidation sous le régime de LACC⁴⁸. Il couvre maintenant les arriérés salariaux accumulés pendant la période de six mois précédant la date du dépôt initial en vertu de la LACC (ou du dépôt d'un avis d'intention en vertu de la LFI), plutôt que la période de six mois avant le dépôt d'un plan ou d'une proposition. Chose intéressante, cela pourrait créer une situation où les employés mis à pied dans le cadre d'une proposition ou d'un plan réussi reçoivent moins que ceux qui sont mis à pied dans une liquidation⁴⁹.

LFI

La LFI reconnaît aux employés une sûreté super-prioritaire pour leurs salaires impayés des six derniers mois précédant la nomination d'un séquestre ou le dépôt d'un avis d'intention, à l'exclusion des indemnités de départ et de préavis, qui ne dépasse pas 2 000 \$ par employé⁵⁰.

La *Loi sur le Programme de protection des salariés* établit un programme fédéral en vertu duquel des employés ayant le droit de faire valoir une créance prioritaire pour des salaires impayés peuvent obtenir des prestations directement de Service Canada⁵¹. Par subrogation, le gouvernement garantit les droits de l'employé impayé pour les montants versés par le Programme, ce qui veut dire qu'ils reçoivent une sûreté super-prioritaire sur l'actif de la compagnie débitrice égale aux montants réellement versés, jusqu'à concurrence de 2 000 \$ par employé. Tout montant dû au-delà des 2 000 \$ n'a pas priorité sur les réclamations des créanciers garantis.

⁴⁸ *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018*, L.C. 2018, ch. 27, section 16. Ces changements entrent en vigueur le 20 novembre 2021 : voir la Gazette du Canada, Partie I, volume 154, numéro 48 : Règlement modifiant le Règlement sur le Programme de protection des salariés, en ligne : <<https://canadagazette.gc.ca/rp-pr/p1/2020/2020-11-28/html/reg1-fra.html>>.

⁴⁹ Voir Allan Nackan, « Changes to the Wage Earners Protection Program Act », *Farber*, (12 mars 2019), en ligne : <farbergroup.com/articles/weppa-changes/>.

⁵⁰ LFI, précité à la note 2, art. 81.3-81.4.

⁵¹ *Loi sur le Programme de protection des salariés*, L.C. 2005, ch. 47.

Les indemnités de départ et de préavis sont expressément exclues des sûretés prioritaires en vertu de la LFI, mais les employés peuvent en demander le paiement au Programme fédéral de protection des salariés jusqu'à concurrence du montant admissible⁵². De plus, pour calculer le montant payable par le Programme, on peut maintenant partir de la date de l'avis d'intention plutôt que seulement celle de la proposition finale. Le terme « salaire » a été interprété largement pour inclure les paiements qui, faits par un employeur au nom des employés à un tiers dans l'intérêt des employés, font partie de leur rémunération, du moins dans la mesure où ces paiements sont couverts par un contrat de travail ou une convention collective⁵³. Cela inclut les cotisations à des régimes d'assurance invalidité de longue durée et les cotisations syndicales.

Le montant maximal du paiement accordé par le Programme de protection des salariés à un employé dont la réclamation est valable est récemment passé aux environs de 7 000 \$. Le Programme calcule le montant payable en fonction du montant des gains assurables selon les barèmes de l'assurance-emploi⁵⁴. (Le montant maximal de la sûreté super-prioritaire est resté de 2 000 \$.)

En général, les autres réclamations des employés visant des salaires impayés, y compris les indemnités de départ et de préavis, constituent des créances non garanties qui ne sont payées au *pro rata* qu'une fois le paiement complet des réclamations prioritaires et des créanciers garantis effectué⁵⁵. Cela signifie que les employés recevront une partie de l'actif restant (s'il en reste) équivalente à la valeur de leur réclamation en proportion de l'ensemble des créances non garanties qui restent.

⁵² *Ibid*, para. 2(1), « salaire admissible ».

⁵³ *Ted Leroy Trucking Ltd. v Century Services Inc.*, 2010 BCCA 223 (CanLII), autorisation d'interjeter appel refusée

⁵⁴ LPPS, précité à la note 51, para. 7(1).

⁵⁵ LFI, précité à la note 2, para. 136(3).

F. Régimes de retraite et d'avantages sociaux

Les réclamations concernant le régime de retraite à l'endroit d'une compagnie débitrice sont de deux types : les montants à verser dans un fonds de pension pour financer les prestations, ce qu'on appelle le « coût des services rendus au cours de la période », et les montants dus à un régime de retraite afin de couvrir les déficits inattendus, ce qu'on appelle les « paiements spéciaux ». Ces paiements spéciaux peuvent représenter de gros montants, bien plus gros que le coût des services rendus au cours de la période, et qui constituent parfois les réclamations non garanties les plus importantes d'une compagnie.

LACC

Dans une procédure sous le régime de la LACC, les paiements spéciaux et les arriérés sont normalement suspendus et la compagnie est seulement tenue de continuer à faire les paiements habituels (c'est-à-dire correspondant au coût des services rendus au cours de la période). Comme avec les salaires, les cotisations correspondant aux services fournis après le dépôt de l'ordonnance et aux coûts normaux se distinguent des cotisations pour services passés et des cotisations spéciales liées aux services antérieurs au dépôt de l'ordonnance. Ainsi, dans l'affaire de l'Université Laurentienne, le tribunal a accordé une suspension de tous les paiements spéciaux au régime de retraite à prestations déterminées, antérieurs ou postérieurs au dépôt de l'ordonnance⁵⁶. De plus, il est arrivé que des juges, dans leurs décisions, limitent l'application des conventions collectives aux seuls employés qui continuent de travailler et en excluent les employés retraités⁵⁷. La Cour suprême du Canada a aussi déclaré que les fournisseurs de crédit-relais ont priorité pour leur remboursement sur les retraités⁵⁸.

LFI

La LFI accorde, dans le cas d'une faillite, une sûreté super-prioritaire pour les montants du régime de retraite déduits de la rémunération, mais non versés au fond et pour les

⁵⁶ *Laurentian University of Sudbury*, 2021 ONSC 1098 (CanLII), au para. 21.

⁵⁷ *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2010 QCCS 2590 (CanLII).

⁵⁸ *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6 (CanLII).

paiements normaux non faits (c'est-à-dire le coût des services rendus pendant la période)⁵⁹. Cette disposition ne s'applique pas aux paiements spéciaux ni aux obligations non capitalisées au titre des prestations.

G. Plans d'arrangement et propositions

LACC

Il est possible de transiger sur toutes les réclamations, qu'elles soient de créanciers garantis ou chirographaires. Toutefois, un tribunal ne peut homologuer un arrangement ou une transaction, sauf si celui-ci ou celle-ci prévoit le paiement immédiat de tous les montants que les employés actuels et anciens auraient été en droit de recevoir si la compagnie avait fait faillite sous le régime de la LFI ainsi que des gages, salaires, commissions ou autre rémunération obtenus pour des services fournis après la date de l'introduction des procédures de la LACC et avant celle de l'homologation par le tribunal de l'arrangement ou de la transaction⁶⁰.

De même, le plan d'arrangement doit exiger le paiement de tous les montants suivants qui, à la date de l'audience pour homologation, n'avaient pas été versés au fonds de retraite⁶¹ :

- les sommes déduites de la rémunération des employés, mais non remises au fonds;
- les sommes que l'employeur doit verser qui correspondent aux coûts normaux des cotisations proposées par le régime de retraite, à l'exclusion des montants payables pour réduire une obligation sous capitalisée au titre des prestations;
- les sommes que l'employeur doit verser dans le cadre d'un régime à cotisations déterminées;

⁵⁹ LFI, précité à la note 2, art. 81.5-81.6.

⁶⁰ LACC, précité à la note 1, para. 6(5).

⁶¹ *Ibid*, para. 6(6).

- les sommes que l'employeur doit verser à l'administration d'un régime de pension agréé collectif.

Autrement, le tribunal peut approuver un plan d'arrangement qui n'inclut pas tous ces montants, à condition que les parties et l'autorité administrative responsable du régime de retraite aient conclu un accord sur les sommes à verser⁶².

La LACC exige que les plans qui ne prévoient pas le paiement, dans les six mois, de tous les montants dus à la Couronne au titre des retenues à la source faites auprès des employés (p. ex. les retenues pour l'impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada et l'assurance-emploi) soient approuvés par la Couronne⁶³.

LFI

Après l'approbation d'une proposition par le tribunal, le débiteur doit payer un montant égal à celui que les employés auraient été en droit de recevoir sous le régime de la LFI si l'employeur avait fait faillite à la date du dépôt de l'avis d'intention ou de la proposition, au montant des gages, salaires, commissions ou rémunérations pour services fournis après la date du dépôt et avant la date de l'approbation⁶⁴. Comme la LACC, la LFI prévoit l'obligation de faire approuver par la Couronne les propositions qui n'incluent pas le remboursement, dans les six mois suivant l'approbation, des montants dus à la Couronne lors du dépôt de la proposition⁶⁵. La question des sûretés super-prioritaires sur les montants liés aux salaires ou au régime de retraite impayés, ou les réclamations non garanties des employés est traitée plus haut.

⁶² *Ibid*, para. 6(7).

⁶³ *Ibid*, para. 6(3).

⁶⁴ LFI, précité à la note 2, al. 60(1.3)a), 136(1)d).

⁶⁵ *Ibid*, para. 60(1.1).

H. Conclusion

Comme les restructurations ont toutes leurs particularités, il est difficile de conclure quel régime, celui de la LACC ou celui de la LFI, est plus avantageux pour les employés. Les procédures intentées sous le régime de la LACC le sont nécessairement par des compagnies de plus grosse taille et plus complexes, aux responsabilités plus importantes, qui ont besoin de plus de temps pour se restructurer (ou qui préfèrent avoir plus de temps pour le faire). Ces périodes de restructuration plus longues peuvent causer plus d'incertitude chez les employés. En revanche, en comparaison des délais plus serrés qui régissent les propositions faites sous le régime de la LFI, les périodes de restructuration peuvent aussi permettre une plus grande souplesse et marge de manœuvre dans les négociations avec les travailleurs dont le pouvoir de négocier est supérieur (y compris les employés syndiqués et le « personnel clé »).

Les deux régimes ont des modalités semblables concernant la suspension des procédures; le traitement des conventions collectives, des contrats de travail, des salaires et des paiements associés au régime de retraite; et les exigences minimales de paiement des employés pour le succès d'une transaction, d'un arrangement ou d'une proposition. Sous un régime comme sous l'autre, une restructuration qui échouerait se solderait probablement par la faillite de l'employeur, en quel cas les réclamations des employés passeraient après celles de la majorité des créanciers, à l'exception de la réclamation couverte par le Programme de protection des salariés qui jouit d'un rang super-prioritaire.

Annexe D : Libellés concernant les situations de nécessité financière dans les conventions collectives

A. Libellés concernant les situations de nécessité financière et les postes en excédent

Dans cette annexe, nous examinons des extraits des conventions collectives de la Ryerson Faculty Association (RFA, « **l'Association** ») et de l'Association des professeures et professeurs de l'Université Laurentienne (APPUL, « **l'Association** ») qui traitent des conditions de situation de nécessité financière et des postes en excédent. Les deux conventions prévoient sur ces questions des modalités qui, à notre avis, correspondent en gros à celles d'autres conventions collectives en vigueur dans les autres régions du Canada. Nous avons choisi la convention de la RFA en partie parce qu'elle est plus concise. Nous traitons aussi plus en détail les modalités concernant les conditions de situation de nécessité financière au chapitre 6 de ce rapport sous le titre « Restructuration des universités publiques en Ontario ».

Ryerson Faculty Association (RFA) (Du 1^{er} juillet 2018 au 30 juin 2020)¹

La plus récente convention collective de la RFA propose un processus relativement standard pour déclarer une situation financière critique ou des postes excédentaires. De plus, un processus particulier existe pour l'école de maïeutique dont la structure de financement est différente².

¹ Note de la traductrice : la convention collective de la RFA n'existe qu'en anglais. Les extraits reproduits ici ont été traduits librement.

² Pour un exemple d'une autre approche différenciée des conditions de situation financière critique dans le cas des programmes autofinancés, voir l'article 17.11 de la convention collective de la Carleton University Academic Staff Association (du 1^{er} mai 2017 au 30 avril 2021) (en anglais seulement), en ligne. <carleton.ca/hr/wp-content/uploads/WEB-CUASA-2017-2021-CA.pdf>.

ARTICLE 22 NÉCESSITÉ FINANCIÈRE

A. PRÉAMBULE

1. L'Université et l'Association reconnaissent que les objectifs principaux de l'Université sont l'enseignement, les travaux d'érudition et la recherche, et que le premier devoir de l'Université est de veiller à ce que ses visées concernant l'enseignement supérieur, en particulier la qualité de l'enseignement et de la recherche, et la préservation de la liberté académique, l'emportent sur tout le reste. Toute réduction du corps professoral pour des raisons budgétaires doit être une solution de dernier recours si l'Université se trouve en situation financière critique.

B. DÉFINITION

1. Une situation est dite de nécessité financière après que le budget d'exploitation total de l'Université a enregistré des déficits substantiels et répétés et s'il est raisonnable de penser que la tendance se maintiendra, au point de gravement menacer la solvabilité de toute l'Université.
2. Cet article ne peut être invoqué que si la situation financière de l'Université est déclarée critique et qu'une solution proposée pour redresser la situation est de mettre à pied des membres du corps professoral.
3. La perspective de déficits à court terme ne constitue pas une situation de nécessité financière.
4. La fermeture, l'interruption, la fusion ou l'élimination partielles ou totales d'un programme de l'Université, pour des raisons propres à l'enseignement universitaire, ne constituent pas des conditions de situation de nécessité financière.

C. DÉCLARATION D'UNE SITUATION DE NÉCESSITÉ FINANCIÈRE

1. Si le président ou la présidente décide que l'Université se trouve en situation de nécessité financière selon les critères de B-1 ci-dessus, il ou elle doit immédiatement en aviser l'Association. À la date de cet avis, un gel du recrutement est imposé et aucun poste ne peut être créé avant la levée des restrictions.
2. Le recteur ou la rectrice prépare un rapport expliquant dans le détail le problème auquel l'Université fait face. Ce rapport doit contenir les chiffres recueillis jusque-

là pour justifier la décision du recteur ou de la rectrice, expliquer les raisons qui motivent la mise à pied de membres du corps professoral et le nombre de mises à pied jugées nécessaires. Dans son rapport, le recteur ou la rectrice doit aussi indiquer s'il ou elle recommande de déclarer des postes excédentaires afin de redresser la situation financière.

3. Un exemplaire du rapport est fourni, entre autres, à l'Association.
4. Le recteur ou la rectrice doit, dans les dix jours suivant l'envoi de l'avis à l'Association, mettre sur pied un comité chargé de revoir toute la documentation qu'il juge pertinente et de déterminer si l'Université est ou non en situation de nécessité financière.

D. COMITÉ D'EXAMEN DE LA SITUATION FINANCIÈRE

1. Ce comité se compose de cinq personnes indépendantes, choisies à l'extérieur de l'Université. Deux sont nommées par l'Université et deux par l'Association. Ces personnes doivent s'entendre sur la nomination de la cinquième personne qui fera office de président indépendant ou présidente indépendante du Comité. Si les quatre membres initiaux ne peuvent arriver à un vote majoritaire sur la sélection du président ou de la présidente, l'Université demandera au juge ou à la juge en chef de l'Ontario de procéder à la nomination.
2. Si, dans la démarche de redressement de la situation financière, il est proposé de déclarer des postes excédentaires, contrairement aux dispositions de l'Article 23, l'Université ne formera pas de comité de désignation des postes excédentaires parce qu'il revient de toute façon au Comité d'examen de la situation financière d'étudier la nécessité de mettre des membres du corps professoral à pied en rapport avec la déclaration des postes excédentaires.
3. Le Comité détermine lui-même son mandat et son processus décisionnel qui doivent être conformes aux principes de justice naturelle généralement reconnus.
4. Toutes les dépenses raisonnables du Comité pour son travail aux fins du présent article sont à la charge de l'Université.
5. L'Université s'engage à collaborer avec le Comité pour l'aider dans ses délibérations. Il incombe à l'Université d'établir à la satisfaction du Comité qu'elle se trouve dans une situation de nécessité financière au sens de B.1. Elle doit fournir pour cela toute l'information qu'elle et le Comité jugent pertinente. L'Association est en droit de recevoir un exemplaire de toute la documentation fournie par l'Université au Comité.
6. Le Comité peut consulter tout groupe ou personne qu'il souhaite et demander des présentations orales ou écrites sur la situation financière de l'Université. Il

peut aussi demander au Sénat de donner, à sa discrétion, son avis sur la déclaration de postes excédentaires afin de pouvoir le prendre en considération et en étudier les tenants et les aboutissants.

7. Le Comité s'engage à examiner entre autres les éléments suivants pour arriver à sa détermination et à répondre à chacun d'eux :
 - a) Si l'Université se trouve véritablement dans une situation de nécessité financière au sens de B.1, sur la foi du budget total d'exploitation et pas seulement d'après la composante salariale et celle du corps professoral;
 - b) Si, compte tenu de l'importance prioritaire accordée aux visées de l'Université concernant l'enseignement supérieur, la réduction de l'effectif enseignant est un moyen raisonnable et justifiable de réduire les dépenses;
 - c) Si l'Université a bien exploré tous les autres moyens raisonnables de réduire les dépenses dans les autres postes budgétaires;
 - d) Si, pour réduire ses dépenses, l'Université a bien pris tous les moyens raisonnables pour commencer par réduire l'effectif enseignant en encourageant les retraites anticipées volontaires, les démissions volontaires, l'acceptation de charges de travail moindre et les réaffectations;
 - e) Si l'Université a bien pris tous les moyens raisonnables pour augmenter ses recettes, y compris en obtenant plus d'aide du gouvernement provincial, et si cette aide a été prise en considération;
 - f) Si les prévisions concernant les inscriptions tiennent compte des réductions proposées de l'effectif enseignant.
8. Le Comité s'engage à produire son rapport dans les quarante (40) jours suivant sa création. Ce rapport doit consister en une analyse de l'étendue et de la nature des problèmes financiers dénoncés par le président ou la présidente ainsi que des conséquences possibles du plan de redressement proposé sur les programmes d'enseignement de l'Université. En outre, le Comité doit y indiquer clairement si l'Université se trouve, selon lui, dans une situation de nécessité financière ou non.
9. Si le Comité est d'avis que l'Université ne se trouve pas dans une situation de nécessité financière, l'Université ne peut procéder à une réduction de son effectif enseignant pour des motifs budgétaires.
10. Si le Comité est d'avis que l'Université se trouve dans une situation de nécessité financière, il doit préciser dans son rapport le montant de la réduction à apporter, le cas échéant, au poste budgétaire des salaires et avantages sociaux du corps professoral.

11. Le rapport du Comité doit en outre préciser le nombre de membres du corps professoral à mettre à pied pour redresser la situation financière. Si ce nombre diffère du nombre avancé par le président ou la présidente, la raison de cette différence doit être expliquée.

E. CONSEIL D'ADMINISTRATION

1. Le Conseil d'administration, par l'entremise du président ou de la présidente, a pour responsabilité de mettre en œuvre les mesures suggérées dans le rapport du Comité d'examen de la situation financière.
2. Nonobstant les modifications contraires de la convention, les deux parties à celle-ci peuvent en renégocier les dispositions qui se rapportent directement aux salaires et aux avantages sociaux ou s'entendre sur des moyens mutuellement acceptables de réduire rapidement les dépenses sans avoir à procéder à des mises à pied ou pas au même nombre.
3. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur des mesures de réduction des salaires et des avantages sociaux dans les sept (7) jours suivant le dépôt du rapport du Comité, l'Université peut réduire le montant affecté au poste des salaires et avantages du corps professoral comme le suggère le rapport. En aucun cas, la réduction de l'affectation ne peut dépasser le montant indiqué par le Comité d'examen de la situation financière en application de D.10 ci-dessus.
4. Procéder à des mises à pied est une solution exceptionnelle à laquelle l'Université ne peut recourir qu'après avoir épuisé tous les moyens raisonnables de redresser la situation en imposant des économies rigoureuses dans tous les aspects de son fonctionnement présent et futur et après avoir utilisé tous les moyens possibles d'augmenter ses recettes et de réduire son effectif par des mesures qui ne minent pas la viabilité de l'Université comme établissement d'enseignement supérieur.
5. Quand la situation financière de l'Université est déclarée critique et qu'il n'existe pas de moyen satisfaisant de préserver les emplois de tout le corps professoral, le recteur ou la rectrice, le vice-recteur principal et vice-recteur ou la vice-rectrice principale et vice-rectrice de l'enseignement supérieur, le vice-recteur ou la vice-rectrice des affaires professorales, en consultation avec les doyens et doyennes des facultés et le président ou la présidente de l'Association, doivent élaborer un plan de mise à pied. Ce plan doit être conçu de sorte que l'Université puisse continuer, le plus possible, de fonctionner selon sa mission et peut suggérer que la déclaration des postes excédentaires se fasse verticalement (par l'élimination complète ou partielle de programmes selon la définition de l'article 23), horizontalement (dans toutes les facultés) ou selon une combinaison des deux.

6. Toute mise à pied effectuée en application du présent article ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour redresser la situation et ne peut toucher un plus grand nombre de personnes que celui indiqué dans le rapport du Comité d'examen de la situation financière.

F. DÉLAIS D'EXÉCUTION

1. Tout délai fixé pour l'exécution du présent article peut être prolongé si les parties en conviennent par écrit. Aucune partie ne peut exercer son droit de refus de manière déraisonnable.

ARTICLE 23 PROGRAMMES EXCÉDENTAIRES

A. PRÉAMBULE

1. L'Université et l'Association reconnaissent l'importance d'une solide planification pour accompagner l'établissement ou la modification des priorités de l'Université dans l'accomplissement de sa mission éducative.
2. Sous réserve du présent article ou de l'article 22 (Situation de nécessité financière), aucun membre du corps professoral ne peut être mis à pied ou forcé d'accepter une mutation qui l'oblige à recevoir une formation.

B. DÉFINITION

1. Des postes ne sont déclarés excédentaires que lorsque le programme universitaire auquel ils sont rattachés est annulé par le sénat et que cela mène à la mise à pied de membres du corps professoral ou à leur mutation dans des groupes où ils doivent recevoir une formation. Cela peut se produire aussi quand le sénat décide de réduire l'effectif d'un programme universitaire ou de restructurer celui-ci et que cela entraîne la mise à pied de membres du corps professoral.
2. Dans ce contexte, un programme universitaire désigne un ensemble de cours proposés par l'Université et pouvant mener à un diplôme ou à un certificat, une discipline secondaire désignée à l'intérieur d'un département ou d'une faculté, ou une combinaison de ce qui précède.

C. DÉCLARATION DE PROGRAMME EXCÉDENTAIRE

1. Un programme universitaire peut être déclaré excédentaire par l'Université à l'issue d'une recommandation faite par le sénat en ce sens au conseil d'administration pour des raisons invoquées de bonne foi et admissibles selon le paragraphe C.2 et ne peut l'être que pour ces raisons.

2. Les raisons sont jugées fondées si elles répondent à des préoccupations du programme quant à sa qualité ou de l'Université si elle est dans une situation de nécessité financière, si elle doute de la pertinence du programme ou si elle n'est pas satisfaite du taux d'inscription. Le sénat peut former un sous-comité qu'il charge de déterminer si les raisons pour déclarer un programme excédentaire sont fondées.
3. Une fois cette détermination faite, l'Université peut geler temporairement le recrutement de nouveaux professeurs par la faculté ou le département concerné.
4. Lorsqu'un programme est déclaré excédentaire, l'Université doit former un comité chargé d'examiner les conséquences de cette déclaration comme suit.

D. COMITÉ D'EXAMEN DES DÉCLARATIONS DE PROGRAMMES EXCÉDENTAIRES

1. Le Comité d'examen des déclarations de programmes excédentaires est formé de trois personnes nommées par l'Université, de trois personnes nommées par l'Association et d'une présidente ou d'un président désigné par la majorité des autres membres. Si les autres membres ne parviennent pas à s'entendre sur le choix d'un président ou d'une présidente, cette personne sera choisie par tirage au sort parmi les candidates et candidats présentés par les deux groupes.
2. Tous les membres du Comité doivent être des membres permanents du corps professoral de Ryerson. Les administrateurs supérieurs ou administratrices supérieures responsables des études (du niveau du doyen ou plus haut), les membres de l'unité académique touchés par la déclaration de programme excédentaire et les personnes qui ont pris part à la préparation de cette déclaration ne peuvent participer, à titre de membre ou autrement, au travail du Comité.
3. Le Comité doit se réunir dans les dix (10) jours suivant sa formation et établir son propre mode de fonctionnement.
4. Toutes les dépenses raisonnables du Comité pour son travail sont à la charge de l'Université.
5. L'Université s'engage à collaborer avec le Comité pour l'aider dans ses délibérations et lui assurer un plein accès à l'information dont elle dispose et qui concerne les mises à pied ou mutations proposées de membres du corps enseignant.
6. Le Comité s'engage à consulter individuellement, en groupe ou par l'intermédiaire de l'Association tous les membres enseignants de l'unité déclarée excédentaire qui souhaitent se faire entendre. De façon générale, le Comité est

libre d'élargir ses consultations comme bon lui semble pour arriver à formuler de solides recommandations à l'Université.

E. MANDAT DU COMITÉ

1. Le Comité d'examen des déclarations de programmes excédentaires s'engage à produire son rapport dans les quarante-cinq (45) jours suivant sa création. Ce rapport doit :
 - a) évaluer la portée et la nature des conséquences que la suppression du programme aura sur les autres programmes d'études de l'Université;
 - b) faire des recommandations sur la manière la moins dérangeante possible de procéder pour mettre fin au programme, y compris les mutations et les mises à pied;
 - c) recommander une stratégie pour chacune des personnes touchées, que ce soit pour une mutation ou une mise à pied.
2. Le Comité remet son rapport au recteur ou à la rectrice, au vice-recteur principal et vice-recteur ou à la vice-rectrice principale et vice-rectrice de l'enseignement supérieur, au vice-recteur ou à la vice-rectrice des affaires professorales et au président ou à la présidente de l'Association.

F. MISE EN ŒUVRE

1. Si le rapport du Comité confirme la nécessité de procéder à des mises à pied de membres du corps professoral, l'Université doit, dans les trente (30) jours ouvrables, préparer un plan qui détaille la marche à suivre. Le plan doit respecter les modalités de la convention collective, ne pas changer les conditions de travail au-delà de ce qui est strictement nécessaire dans les circonstances et se fonder sur de solides raisons dans une perspective d'enseignement supérieur. Ce plan doit aussi inclure :
 - a) une liste des membres du corps professoral touchés par la déclaration de programme excédentaire;
 - b) une liste des membres du corps professoral mis à pied et l'échéancier de ces mises à pied;
 - c) une liste des postes d'enseignement et administratifs auxquels il serait possible de muter les personnes touchées, moyennant ou non une période de formation d'un maximum de deux (2) ans, compte tenu des compétences et qualifications universitaires et professionnelles, et de l'expérience de travail de chacune;

d) une liste de toutes les options envisageables en dehors de la mise à pied, y compris les congés sabbatiques accélérés ou partiels, les démissions volontaires, les mutations volontaires dans des postes à la charge réduite ou les redéploiements.

2. Si l'Université rejette une ou plusieurs des recommandations du rapport parce qu'elle estime possible de procéder de manière plus acceptable pour les membres du corps professoral, elle doit soumettre les raisons de son refus par écrit au Comité et au président ou à la présidente de l'Association.
3. Un exemplaire du plan de l'Université doit être remis à l'Association qui a alors vingt-et-un (21) jours ouvrables pour le commenter par écrit.
4. Dans les dix (10) jours ouvrables suivant le dépôt des commentaires de l'Association, l'Université prépare un plan final dont elle donne un exemplaire à l'Association. Si l'Université choisit de ne pas donner suite aux commentaires de l'Association, elle doit en expliquer les raisons dans le plan final détaillé. Si elle décide d'opter pour une démarche différente de celle proposée par le Comité ou l'Association, cette décision peut faire l'objet d'un grief de la part de n'importe quel membre du corps professoral touché. Le but du grief est de déterminer si la décision respecte les exigences de l'article H.1. ci-dessous.

G. DÉLAIS D'EXÉCUTION

1. Tout délai fixé pour l'exécution du présent article peut être prolongé si les parties en conviennent par écrit. Aucune partie ne peut exercer son droit de refus de manière déraisonnable.

H. GÉNÉRALITÉS

1. Étant donné la nature du rôle universitaire, le Comité, le sénat et le recteur ou la rectrice doivent agir de manière à protéger l'importance primordiale du travail d'enseignement et de recherche de l'Université. Par conséquent, avant de procéder à des mises à pied, l'Université fera le maximum pour proposer à chacun des membres du corps professoral touchés par la déclaration de programme excédentaire un poste vacant comparable dans un autre département ou une autre école pour lequel le candidat ou la candidate a les qualifications universitaires nécessaires ou pourrait les obtenir par une formation d'une durée maximale de deux (2) ans.
2. Un ou une membre du corps professoral à qui l'Université propose une mutation sous H.1. a quinze (15) jours ouvrables pour accepter ou rejeter l'offre. Si cette personne accepte d'être mutée dans une autre unité, elle conserve son rang, son salaire de base, ses avantages sociaux et son ancienneté. Si elle refuse ou si l'Université ne peut lui faire une telle offre, alors cette personne est mise à pied conformément aux dispositions de l'article régissant les mises à pied.

[...]

ARTICLE 17 FACULTÉ DE MAÏEUTIQUE

17.8 PROGRAMMES EXCÉDENTAIRES ET MISES À PIED

A. Programmes excédentaires et mises à pied

1. Les dispositions des articles 22 (Situation de nécessité financière), 23 (Programmes excédentaires) et 24 (Mises à pied) s'appliquent aussi à la faculté de maïeutique, sauf si le gouvernement décide de lui retirer, partiellement ou complètement, son financement. Advenant une telle situation, l'Université pourrait décider unilatéralement de fermer ou de réduire le programme de maïeutique.
2. Sous réserve du paragraphe 1 ci-dessus, s'il advenait que le gouvernement retire son financement, partiellement ou complètement, au programme de maïeutique et si l'Université décidait de fermer ou de réduire le programme en conséquence et que cette décision entraîne des mises à pied parmi le corps professoral du programme, il est entendu que ces mises à pied ne seraient pas le résultat d'une situation financière critique ni d'une déclaration de programme excédentaire. Par conséquent, dans les circonstances, les dispositions des articles 22 (Situation de nécessité financière) et 23 (Programmes excédentaires) de la convention collective ne s'appliqueraient pas. Seules les dispositions concernant la période de préavis, l'indemnité de cessation d'emploi, les droits de rappel et les avantages sociaux en période de rappel stipulées à l'article 24 (Mises à pied) s'appliqueraient aux membres du corps professoral de la faculté de maïeutique.

[...]

Article 24 Mises à pied

[...]

C. INDEMNITÉ DE CESSATION D'EMPLOI

1. En plus d'une période de préavis rémunérée ou d'une rémunération équivalente en échange, un ou une membre du corps professoral mis à pied en raison d'une situation de nécessité financière confirmée ou d'une déclaration de programme excédentaire a droit aux indemnités qui suivent :
 - a) un (1) mois de salaire pour chaque année ou partie d'année de service accumulée au moment de la mise à pied pour un ou une membre qui n'a pas encore sa permanence;
 - b) un (1) mois de salaire pour chaque année ou partie d'année de service accumulée au moment de la mise à pied, moyennant un minimum total de

neuf (9) mois de salaire et un maximum total de vingt-quatre (24) mois de salaire, pour un ou une membre qui a sa permanence.

*Association des professeures et des professeurs de l'Université Laurentienne (APPUL)
(Du 1^{er} juillet 2017 au 30 juin 2020)*

La convention collective précédente de l'APPUL contenait aussi des dispositions relativement standard sur les modalités de déclaration des situations de nécessité financière ou les postes excédentaires.

POSTES EN EXCÉDENT ET SITUATION FINANCIÈRE CRITIQUE

ARTICLE 10.10 – POSTES EN EXCÉDENT

10.10.1 Quand l'Employeur déclare certains postes excédentaires ou en excédent, cela signifie aux fins du présent Article qu'il est nécessaire de réduire le nombre de postes occupés par des Membres dans un Département/une École donnée. L'Employeur convient de ne pas procéder autrement que conformément à l'Article 10.10.3 ci-dessous. Il est entendu que le terme « en excédent » ne s'applique pas aux postes à durée limitée qui ne comportent aucun renouvellement ou continuité au-delà de la période fixée explicitement dans le contrat, selon les dispositions de l'Article 5.20 – Nomination et renouvellement de contrat.

10.10.2 L'Employeur déclare l'existence de postes en excédent en avisant par écrit au Syndicat et le Vice-recteur aux études et Provost qu'il a adopté une résolution à cet effet pour une des raisons mentionnées dans l'Article 10.10.3 ci-dessous et en y joignant un rapport détaillé spécifiant les motifs justifiant la déclaration et l'importance précise de la réduction jugée indispensable.

10.10.3 L'Employeur peut déclarer que certains postes sont en excédent dans les deux (2) cas suivants :

- (a) Le Sénat peut décider de supprimer une Faculté, un Département, une École ou un programme d'études, en invoquant des raisons autres que celle d'une situation financière critique. Aux fins du présent Article, un programme signifie un cours d'études préalablement homologué par le Sénat et menant à un titre ou diplôme. Si plus d'une Faculté, d'un Département ou d'une École sont visés, le contenu des Articles suivants doit être interprété, selon le cas, comme si le pluriel avait été utilisé. Si l'Employeur décide d'accepter la décision du Sénat, le programme en cause est déclaré en excédent, ou « excédentaire ».
- (b) Le Vice-recteur aux études et Provost peut faire une soumission à l'Employeur indiquant que, vu le nombre d'étudiants inscrits aux cours, un

Département/une École donnée compte plus de Membres qu'il n'en faut pour réaliser son programme d'études et pour s'acquitter de ses obligations quant aux cours de service. C'est que l'on appelle une charge de travail excédentaire. L'Employeur convient de ne pas déclarer un ou des postes en excédent s'il en résulte un personnel réduit au point d'empêcher le Département/l'École de continuer à offrir un programme viable. Il incombe à l'Employeur de prouver que la réduction envisagée ne portera pas atteinte aux charges de travail prévues à l'Article 5.40 – Charge de travail universitaire et qu'il n'en résultera pas une charge inéquitable de travail pour le Département/l'École ou les Départements/Écoles visés.

10.10.4 Les postes ne peuvent être déclarés excédentaires que pour des motifs valables ayant trait aux programmes d'études ou au nombre d'inscriptions, ou les deux. Si l'insuffisance d'inscriptions est alléguée comme justification, il faut que cette pénurie d'inscriptions se soit manifestée sur une période d'au moins trois (3) ans et que les pronostics n'indiquent aucune augmentation d'inscriptions à l'avenir.

10.10.5 Une fois un ou des postes déclarés en excédent par l'Employeur, un comité d'étude des postes excédentaires est créé et se réunit dans les quinze (15) jours suivant la réception par le Syndicat de l'avis de l'Employeur prévu à l'Article 10.10.2 ci-dessus. Dans les dix (10) jours de la réception de cet avis, le Syndicat fait parvenir au Vice-recteur aux études et Provost le nom des trois (3) Membres qui vont siéger au comité d'étude des postes excédentaires.

10.10.6 Le comité d'étude des postes excédentaires se compose de :

(a) trois (3) Membres choisis par le Syndicat,

b) trois (3) Membres nommés par l'Employeur,

(c) le Vice-recteur aux études et Provost qui préside sans droit de vote.

10.10.7 Dans les soixante (60) jours suivant sa première réunion, le comité soumet son rapport final à l'Employeur avec copie au Syndicat. L'Employeur ne peut embaucher personne, qu'il s'agisse de poste administratif ou pédagogique, et il ne peut pas réduire ou redistribuer le personnel à temps plein compris dans l'unité de négociation avant que le comité ait soumis son rapport final ou, au plus tard, avant l'expiration des soixante (60) jours dont il question dans cet Article.

10.10.8 Il incombe au comité, après consultation du Vice-recteur aux études et Provost, du Doyen/Bibliothécaire en chef, et d'un Comité du corps professoral ou du Comité des bibliothécaires et des archivistes professionnels (CCPF/CCPLF/CBAP) de spécifier dans sa recommandation le nom des Membres du Département/de l'École en cause dont les postes sont désormais en excédent.

10.10.9 Tout en tenant compte du fait que le programme d'enseignement attribué en permanence au Département/à l'École demeure la considération primordiale, le comité prend en considération les mesures suivantes dans l'ordre indiqué :

- (a) Non-renouvellement des nominations à durée limitée à l'intérieur du Département/de l'École.
- (b) Non-renouvellement, à l'intérieur du Département/de l'École, des contrats probatoires de deux (2) ans.
- (c) Non-renouvellement, à l'intérieur du Département/de l'École, des contrats probatoires de trois (3) ans.
- (d) Mise à pied d'un Membre du Département/de l'École ayant la permanence.

10.10.10 Si le comité d'étude des postes excédentaires décide qu'un Membre ayant la permanence ou un contrat probatoire de trois (3) ans sera affecté par suite de postes déclarés excédentaires conformément à l'Article 10.10.9 ci-dessus, le comité est tenu de joindre à la recommandation adressée à l'Employeur, une liste des secteurs administratifs ou pédagogiques auxquels le Membre pourrait, avec ou sans année de recyclage, être transféré vu ses titres universitaires et professionnels.

10.10.11 Si l'Employeur décide d'appliquer la recommandation du comité déclarant qu'un Membre est excédentaire, l'Employeur fait parvenir au Membre un avis écrit de la résolution. L'avis doit également offrir au Membre ayant la permanence les options suivantes :

- (a) Préretraite volontaire dans le cas d'un Membre âgé de cinquante-cinq (55) ans ou plus;
- (b) Transfert intégral ou partiel à un Département/une École à laquelle les titres du Membre sont adaptés, ou adaptables au moyen d'un an de recyclage, pourvu que le transfert puisse être effectué :
 - (i) en remplissant un poste vacant
 - (ii) par le non-renouvellement d'un contrat à durée limitée
 - (iii) par le non-renouvellement d'un contrat probatoire de deux (2) ans
 - (iv) par le non-renouvellement d'un contrat probatoire de trois (3) ans dans le Département/l'École recevant le Membre ayant la permanence;
- (c) Transfert à un poste administratif approprié dans l'Université;
- (d) Mise à pied avec indemnité de rupture de contrat;

- (e) Toute autre option éventuellement convenue entre les Parties de la présente Convention collective.

La mesure finalement adoptée doit être appliquée selon les dispositions du présent Article. Les transferts d'un Département/d'une École à l'autre nécessitent l'approbation préalable du Vice-recteur aux études et Provost. S'il s'agit du transfert à un autre secteur pédagogique d'un (1) élément de la charge de travail du Membre (cet élément étant nécessairement limité à l'enseignement ou à la recherche), l'offre doit comporter une indication des responsabilités du Membre et d'une méthode appropriée d'évaluation qui soit adaptée à sa situation particulière.

Si l'Employeur se voit dans l'impossibilité d'offrir une (1) des solutions représentées par les Articles 10.10.11 (b) et (c) ci-dessus, il est tenu de maintenir le Membre dans son poste actuel, jusqu'à ce qu'il puisse offrir une (1) des solutions énoncées aux Articles 10.10.11 (b), ou (c) ci-dessus, sauf si l'Article 10.10.16 ci-dessous s'applique.

10.10.12 Nonobstant l'Article 5.20 – Nomination et renouvellement de contrat, les Membres ayant un contrat initial de deux (2) ans à l'essai peuvent se voir refuser leur deuxième contrat probatoire pour des raisons ayant trait à l'existence de postes excédentaires et conformément aux dispositions des Articles 10.10.9 et 10.10.11 ci-dessus. Dans ce cas, le Membre doit être avisé par écrit du non-renouvellement, au plus tard le 15 décembre de l'année universitaire au cours de laquelle le renouvellement de son contrat devait être considéré. L'avis comporte une mention explicite de la raison du non-renouvellement, soit « poste en excédent ».

10.10.13 Nonobstant l'Article 5.20 – Nomination et renouvellement de contrat et l'Article 5.60 – Mécanisme d'évaluation en vue de la permanence, un Membre ayant un contrat probatoire de trois (3) ans peut se voir refuser le renouvellement de son contrat, ou la permanence, ou les deux (2), pour des motifs ayant trait à l'existence de postes en excédent et conformément aux dispositions des Articles 10.10.9 et 10.10.11 ci-dessus. Dans ce cas, un avis écrit motivé, contenant une mention explicite de la raison du non-renouvellement du contrat ou du refus d'accorder la permanence, ou des deux, soit « poste en excédent », doit parvenir au Membre au plus tard le 15 décembre de l'année où son contrat devait être pris en considération. Le Membre bénéficie tant d'une indemnité de rupture de contrat, que des droits de rappel, selon les dispositions de l'Article 10.10.18 ci-dessous.

10.10.14 Un Membre ayant la permanence qui accepte de se faire transférer partiellement ou intégralement à un autre secteur pédagogique retient son rang et tous ses droits actuels. Le cas échéant, l'Université lui accorde un congé de recyclage d'un (1) an au maximum, durant lequel il bénéficie d'un traitement entier et de tous les avantages sociaux. Les frais éventuels de scolarité se rapportant au recyclage sont la responsabilité de l'Université.

10.10.15 Un Membre ayant la permanence et qui accepte d'être transféré à un poste administratif, comme il est prévu à l'Article 10.10.11 (c) ci-dessus, cesse de ce fait d'être Membre de l'unité de négociation, à compter de la date de l'entrée en vigueur du transfert. Un Membre transféré à un poste administratif ne peut pas être licencié avant l'expiration d'une période de cinq (5) ans pour des motifs autres que pour cause valable, et retient durant cette période tous les droits revenant aux Membres du Syndicat en ce qui concerne la formulation de griefs par suite d'un licenciement pour motif valable. Son traitement ne peut être diminué par suite d'un transfert; il ne reçoit que le taux d'augmentation de base affectant l'échelle des traitements, et ne reçoit pas d'augmentation annuelle, avant que les traitements applicables à ses nouvelles fonctions aient rattrapé le niveau déjà atteint par le Membre. Durant cette période de cinq (5) ans, le Membre a le droit prioritaire de refus de tout poste vacant pour lequel le Vice-recteur aux études et Provost le juge qualifié.

10.10.16 Si les postes en excédent résultent de la suppression d'un programme, comme il est prévu à l'Article 10.10.3 (a) ci-dessus, et quand toutes les possibilités de transfert sont épuisées, l'Employeur peut mettre à pied un Membre ayant la permanence, sous réserve que les Membres ayant quarante-cinq (45) ans, la permanence, et dont le total de l'âge et des années d'ancienneté à compter de la date de la mise en vigueur de la permanence se chiffre à cinquante-cinq (55) ne peuvent pas être mis à pied.

Les frais encourus par l'arbitrage survenu à la suite d'une mise à pied sont répartis selon les dispositions de l'Article 11.15 – Procédure d'arbitrage. La responsabilité de la preuve reste toujours la même.

10.10.17 Les groupes ou les individus dont les postes sont désignés excédentaires ont le droit de contester leur sélection conformément à l'Article 11.10 – Procédure de grief, en alléguant la partialité ou l'erreur de procédure, ou encore l'application discriminatoire des critères de sélection ou la mauvaise foi. Le Membre qui s'estime lésé peut contester l'existence de postes en excédent, mais il doit reconnaître à l'Employeur le droit d'engager la procédure qui s'y rapporte.

Les Membres ayant la permanence qui veulent rester à l'emploi de l'Université et qui, ayant reçu une offre de transfert, ne veulent pas l'accepter, sont tenus de formuler leur grief dans les trente (30) jours suivant la réception de l'offre. Si le Comité d'arbitrage accepte le bien-fondé de son refus, le Membre retient son poste actuel. Dans le cas contraire, ou si le Comité d'arbitrage est d'avis qu'une deuxième possibilité de transfert existe, le Membre est alors tenu d'accepter le transfert dans les trente (30) jours suivant la réception de la décision; sinon, le Membre est mis à pied. La date d'entrée en vigueur de la mise à pied est la date de réception par le Membre du rapport d'arbitrage. Le Membre retient les droits de rappel et de préavis de congédiement, mais il perd les droits ayant trait à l'indemnité de rupture de contrat et aux avantages sociaux.

10.10.18 Tous les Membres ayant la permanence ou un contrat probatoire de trois (3) ans et dont le contrat est terminé en vertu des dispositions du présent Article ont les droits suivants :

(a) (i) Douze (12) mois de préavis écrit ou une combinaison de préavis et de traitement, et

(ii) Six (6) mois de traitement plus un (1) mois de traitement pour chaque année d'emploi à temps plein, pourvu qu'aucun Membre ayant un contrat probatoire de trois (3) ans ne reçoive moins de neuf (9) mois de traitement et qu'aucun Membre ayant la permanence ne reçoive moins de dix-huit (18) mois de traitement.

Tous les paiements versés en vertu de cette Article sont calculés d'après le traitement actuel du Membre, y compris les versements de l'Université aux régimes de pension et d'avantages sociaux applicables à la dernière année universitaire complète de service à l'Université. En aucun cas le nombre de mensualités payées en vertu de cette Article ne peut dépasser le nombre de mois qui restent avant la date normale de retraite du Membre.

(b) Le droit prioritaire de refus de tous les postes universitaires vacants à l'Université Laurentienne, pour lesquels le Vice-recteur aux études et Provost, en consultation avec le Département/l'École auquel l'individu doit être nommé, estime que le Membre mis à pied a les compétences universitaires, et ce durant une période de trois (3) ans dans le cas d'un Membre ayant un contrat probatoire de trois (3) ans et une période de cinq (5) ans pour les Membres ayant la permanence, à compter de la date d'entrée en vigueur de leur mise à pied. Les Membres qui acceptent ce genre de poste reviennent à l'Université au rang qu'ils occupaient avant d'être mis à pied, avec la reconnaissance entière de leurs années d'ancienneté à la Laurentienne. Les mésententes résultant de ces mesures de rappel ressortent de la procédure de grief et arbitrage décrite dans la présente Convention collective.

Un Membre qui est rappelé en vertu du présent Article a jusqu'à trente (30) jours pour accepter l'offre de rappel, et doit terminer son autre emploi et entrer dans ses fonctions dès qu'il lui est possible de se libérer de son autre contrat, mais jamais plus de six (6) mois après avoir accepté l'offre de réembauche.

(c) Des efforts raisonnables de la part de l'Employeur pour aider un Membre mis à pied à trouver un autre emploi convenable, y compris l'usage d'aide professionnelle ainsi que l'accès aux ressources de l'Université.

(d) Un accès raisonnable à la bibliothèque, aux services informatiques et aux laboratoires, avec l'accord du Doyen/Bibliothécaire en chef intéressée jusqu'à ce qu'il ait trouvé un emploi convenable, ou pendant une période de trois (3) ans dans le cas d'un Membre ayant un contrat probatoire de trois (3) ans et pendant

une période de cinq (5) ans dans le cas d'un Membre ayant la permanence s'il n'a pas trouvé un autre emploi convenable.

- (e) La possibilité pour lui et les Membres de sa famille d'être exemptés de frais d'études et de cotisation au Service d'éducation physique jusqu'à ce qu'il ait trouvé un emploi convenable ou pendant une période de trois (3) ans dans le cas d'un Membre ayant un contrat probatoire de trois (3) ans et pendant une période de cinq (5) ans dans le cas d'un Membre ayant la permanence s'il n'a pas trouvé un autre emploi convenable.

10.10.19 Rien dans le présent Article ne restreint le montant total de l'indemnité de rupture de contrat qu'un Membre donné ayant la permanence pourrait négocier à titre privé avec l'Employeur.

10.10.20 Tous les griefs formulés en vertu du présent Article sont soumis directement à l'arbitrage selon l'Article 11.15 – Procédure d'arbitrage. Sauf disposition contraire dans le présent Article, le Membre s'estimant lésé est tenu, dans les quinze (15) jours suivant la réception de l'avis de décision contestée par le Membre, de faire parvenir au Conseil un avis écrit signifiant son intention de soumettre cette décision à l'arbitrage.

Nota : il sera considéré que les Maîtres de conférences ayant la permanence appartiennent à la catégorie des Membres du corps professoral permanents, et les Maîtres de conférences sans permanence, à celle des Membres du corps professoral à l'essai.

ARTICLE 10.15 – SITUATION FINANCIÈRE CRITIQUE

10.15.1 Il est convenu par l'Employeur et le Syndicat que le devoir essentiel de l'Université est d'assurer que ses priorités universitaires demeurent d'importance primordiale, en particulier en ce qui concerne la qualité de l'enseignement, de la recherche et des services de bibliothèque ainsi que la protection de la liberté universitaire.

10.15.2 Aux fins du présent Article, « situation financière critique » se définit en termes de déficits substantiels et répétés qui menacent la solvabilité à long terme de l'Université dans son ensemble.

10.15.3 Les réductions de personnel enseignant par suite d'une situation financière critique ne se font que dans des conditions extraordinaires, et seulement après qu'ont été entrepris des efforts pour améliorer la situation financière au moyen d'économies dans tous les autres postes du budget, et après qu'ont été épuisés tous les autres moyens d'augmenter les revenus de l'Université.

10.15.4 Selon les dispositions du présent Article, les Membres ne peuvent être mis à pied que dans le cas où la situation financière critique a été à la fois déclarée et confirmée, selon la procédure indiquée dans le présent Article.

10.15.5 Dans le cas où l'Employeur considère que la situation financière critique existe, selon la définition de l'Article 10.15.2 ci-dessus, il en donne l'avis. À partir de la date de cet avis, la procédure indiquée dans le présent Article entre en vigueur et aucune nouvelle nomination ne peut être faite, que ce soit dans le personnel enseignant ou le personnel administratif.

10.15.6 Dans les deux (2) jours suivant l'avis de situation financière critique, le Conseil de gouverneurs fait parvenir au Syndicat tous les documents financiers se rapportant à la situation financière critique invoquée.

10.15.7 Dans les quinze (15) jours suivant l'avis mentionné dans l'Article 10.15.5 ci-dessus, les Parties établissent un Comité financier pour étudier la situation financière critique invoquée. Il doit, soit (a) la confirmer (avec les conditions qu'elle décide d'imposer), soit (b) la rejeter.

10.15.8 Le Comité financier est formé de la même façon que le Comité d'arbitrage établi à l'Article 11.15 – Procédure d'arbitrage. Il est convenu que dans ce cas, le Comité financier ne compte pas de fonctionnaire du gouvernement parmi ses Membres, et que, si on demande au Ministère du travail de désigner un président, ce dernier n'est pas employé par le gouvernement. Les décisions prises par le Comité financier selon le présent Article sont sans appel et exécutoires. À cet égard, le Comité financier a le même statut qu'un Comité d'arbitrage.

10.15.9 Il incombe à l'Employeur de prouver, à la satisfaction du Comité financier, que la situation financière critique existe effectivement selon la définition du présent Article.

10.15.10 Dans les sept (7) jours suivant la nomination de son président, le Comité financier se réunit pour inviter et examiner les soumissions au sujet de la condition financière de l'Université. Entre autres, il considère :

- (a) si oui ou non la situation financière de l'Université (qu'indique la totalité du budget et non simplement des éléments se rapportant à l'enseignement et aux traitements) constitue effectivement une crise budgétaire telle que les déficits prévus par les méthodes de comptabilité généralement acceptées semblent se prolonger pendant plus de deux (2) années fiscales;
- (b) si oui ou non, dans la perspective de la primauté des objectifs pédagogiques de l'Université, la réduction du personnel enseignant est une façon raisonnable de faire des économies;
- (c) si oui ou non, tous les moyens raisonnables de faire des économies dans d'autres domaines du budget de l'Université ont été envisagés et épuisés;
- (d) si oui ou non, tous les moyens raisonnables d'augmenter les revenus de l'Université ont été envisagés et épuisés;

- (e) si oui ou non, tous les efforts ont été faits pour obtenir de l'aide financière supplémentaire du gouvernement provincial;
- (f) si oui ou non, les prévisions en ce qui concerne le nombre d'étudiants sont compatibles avec la réduction proposée du personnel enseignant;
- (g) si oui ou non, tous les moyens de réduire le personnel enseignant, y compris la retraite anticipée volontaire, la démission volontaire, la réduction volontaire de la charge de cours, la réorganisation et les congés volontaires, etc. ont été épuisés; et enfin
- (h) toutes les autres questions qu'il juge pertinentes.

10.15.11 Il est entendu que le Comité financier remet son rapport, et en fait parvenir un exemplaire au l'Employeur et un exemplaire au Syndicat, dans les soixante (60) jours après sa première réunion. Si le Comité conclut que la situation financière critique n'existe pas, il n'y a pas de réduction de personnel enseignant par suite de situation financière critique. Si le Comité financier conclut que la situation financière critique existe, il y a dans le rapport une mention précise de la réduction nécessaire envisagée de l'allocation budgétaire consacrée aux traitements et avantages sociaux des Membres de l'unité de négociation. Toute réduction de l'allocation budgétaire consacrée aux traitements et aux avantages sociaux peut être recommandée avec la condition expresse que l'Université continue de rechercher d'autres mesures d'économie, et le Comité retient sa compétence en la matière jusqu'à ce qu'il soit satisfait que toutes les possibilités aient été envisagées. Dans les cinq (5) jours suivant la réception du rapport du Comité financier, les Parties se réunissent pour discuter les conséquences du rapport.

10.15.12 À la suite des conclusions du Comité financier, le Conseil de gouverneurs peut réduire l'allocation budgétaire consacrée aux traitements et avantages sociaux des Membres de l'unité de négociation, mais cette réduction ne doit pas dépasser le montant précisé par le Comité. Le Conseil des gouverneurs prend sa décision et un avis écrit est envoyé au Comité financier dans les deux (2) semaines suivant la réception de l'avis mentionné dans l'Article 10.15.11 ci-dessus.

10.15.13 Dans les vingt (20) jours, le Comité financier répartit entre les facultés, la bibliothèque, et les unités analogues, la réduction de l'allocation budgétaire consacrée aux traitements et avantages sociaux des Membres de l'unité de négociation. Autant que possible, ces réductions sont réparties de façon proportionnelle entre les facultés et la bibliothèque de l'Université, à moins de raison claire et importante pour agir autrement.

10.15.14 Dans les trente (30) jours, les facultés ou la bibliothèque, par l'intermédiaire de leurs Conseils respectifs de faculté ou de bibliothèque, répartissent la réduction budgétaire entre les Départements/Écoles de chaque faculté ou de la bibliothèque, et

déterminent lesquels de ses Membres sont mis à pied. Autant que possible, ces réductions sont réparties de façon proportionnelle entre les unités de la faculté ou de la bibliothèque, à moins de raison claire et importante pour agir autrement.

10.15.15 Les critères principaux pour la terminaison de contrat ou la mise à pied des Membres d'un Département/ École ou d'une unité analogue sont les suivantes :

- (a) La possession de titres universitaires convenables pour continuer de faire partie de la faculté, de l'école, du département ou de la Bibliothèque.
- (b) La qualité de l'enseignement, de la recherche ou des travaux de recherche selon le cas.
- (c) La possession de titres universitaires convenables pour être transféré (avec ou sans recyclage) dans un autre poste d'enseignement ou d'administration à l'intérieur de l'Université.
- (d) Les contributions à la collectivité.

10.15.16 À l'intérieur d'un Département/d'une École, un Membre ayant la permanence n'est pas mis à pied de préférence à un Membre n'ayant pas la permanence. Quand il s'agit de Membres ayant la permanence, c'est le Membre avec le plus d'ancienneté, calculée en termes d'années de service à partir de l'entrée en vigueur de la permanence à l'Université que l'on retient à moins que, après l'application des critères ci-dessus, il y ait une raison claire et importante pour agir autrement.

10.15.17 Les Membres ayant au moins quarante (40) ans, la permanence, et pour lesquels le montant total de l'âge et des années d'ancienneté à partir de la date de la mise en vigueur de la permanence, est au moins égal à cinquante-cinq (55) ne sont mis à pied qu'une fois que tous les autres Membres du personnel de la faculté ou de la bibliothèque qui ne sont pas inclus dans cette catégorie ont été mis à pied.

10.15.18 Si le Conseil de faculté ou de bibliothèque ne réussit pas dans les trente (30) jours à déterminer lesquels de ses Membres doivent être mis à pied, c'est la responsabilité du Doyen/Bibliothécaire en chef de répartir la réduction budgétaire pour sa propre faculté ou la bibliothèque. Si le Doyen/Bibliothécaire en chef ne réussit pas à prendre cette décision dans les sept (7) jours, c'est le Comité financier qui se charge de la répartition de la réduction budgétaire.

10.15.19 Les Membres sélectionnés pour la mise à pied selon le présent Article reçoivent un avis écrit motivé indiquant les raisons pour lesquelles ils ont été sélectionnés. Les mises à pied effectuées en application du présent Article ne sont ni considérées ni consignées dans les dossiers comme des congédiements pour cause.

10.15.20 Après avoir opéré la sélection des Membres qui doivent être mis à pied, mais avant la mise en vigueur de ces mises à pied, l'Employeur fait tous les efforts

raisonnables pour trouver des postes ailleurs dans l'Université, y compris des postes administratifs, pour les Membres visés. Les Membres qui acceptent un autre poste au sein de l'Université retiennent tous les droits qu'ils détenaient auparavant concernant leur emploi, y compris le crédit en vue de congé sabbatique, le traitement et la pension. Les Membres qui acceptent ce genre de poste ont la possibilité de se recycler pour leur nouvel emploi jusqu'à une durée de un (1) an maximum. L'Employeur paie tous les frais de scolarité et le traitement en entier du Membre pendant sa période de recyclage.

10.15.21 Les groupes ou les individus sélectionnés pour la mise à pied par un Conseil de faculté ou de bibliothèque, ou par le Doyen/Bibliothécaire en chef, ont le droit de contester la décision de leur sélection selon l'Article 11.10 – Procédure de grief et l'Article 11.15 – Procédure d'arbitrage, en alléguant la partialité ou l'erreur de procédure, ou l'application discriminatoire des critères de sélection ou la mauvaise foi. Ce droit n'inclut pas le droit de contester la validité de la situation financière critique.

10.15.22 Tous les Membres ayant la permanence ou un contrat probatoire et dont le contrat est terminé en vertu du présent Article ont les droits énumérés ci-dessous :

- (a) (i) L'Université est obligée de donner douze (12) mois de préavis ou douze (12) mois de traitement en guise de préavis, suivis par;
- (ii) Un (1) mois de traitement pour chaque année d'emploi à temps plein, à condition qu'aucun Membre ayant la permanence ne reçoive moins de douze (12) mois de traitement.

Tous les paiements faits en application de cette Article sont calculés d'après le traitement total du Membre, y compris les versements de l'Université aux pensions et aux autres régimes d'avantages sociaux, applicable à sa dernière année complète de service à l'Université. En aucun cas le nombre de mensualités payé en application de la présente Article ne peut dépasser le nombre de mois qui restent avant la date normale de la retraite du Membre.

- (b) Le droit prioritaire de refus de tous les postes universitaires vacants à l'Université Laurentienne, pour lesquels le Vice-recteur aux études et Provost, en consultation avec le Département/l'École auquel l'individu doit être nommé, estime que le Membre mis à pied a les compétences universitaires, et ce durant une période de trois (3) ans à compter de la date effective de la mise à pied. Les individus qui acceptent ce genre de poste reviennent à l'Université au rang qu'ils occupaient avant d'être mis à pied, avec la reconnaissance entière de leurs années d'ancienneté à l'Université. Les mécontentes résultant de ces mesures de rappel ressortent de la procédure de grief et arbitrage décrite dans la présente Convention collective.

Un individu qui est rappelé en vertu du présent Article a jusqu'à trente (30) jours pour accepter l'offre de rappel, et doit terminer son autre emploi et entrer dans

ses fonctions dès qu'il lui est possible de se libérer de son autre contrat, mais jamais plus de six (6) mois après avoir accepté l'offre de réembauche.

- (c) Des efforts raisonnables de la part de l'Employeur pour aider un Membre mis à pied à trouver un autre emploi, y compris l'usage d'aide professionnelle ainsi que l'accès aux ressources de l'Université.
- (d) Un accès raisonnable à la bibliothèque, aux services informatiques et aux laboratoires, avec l'accord du Doyen/Bibliothécaire en chef intéressée jusqu'à ce qu'il ait trouvé un emploi convenable, ou pendant trois (3) ans, au plus.
- (e) La possibilité pour lui et les Membres de sa famille d'être exemptés de frais de scolarité et de cotisation au Service d'éducation physique jusqu'à ce qu'il ait trouvé un emploi convenable ou pendant trois (3) ans au plus.

10.15.23 L'avis de vacance de postes universitaires est considéré comme valable s'il est envoyé par le Conseil de gouverneurs à la dernière adresse connue du Membre, avec copie au Syndicat. Tout Membre qui ne répond pas dans un délai de trente (30) jours ou qui refuse un poste permanent qui lui est offert selon le présent Article, perd tous ses droits de rappel.

10.15.24 Un Membre qui accepte un poste permanent à l'Université ne reçoit plus d'indemnité de rupture de contrat.

10.15.25 Tout poste vacant qui ne peut être rempli par les mesures de rappel décrites dans le présent Article est rempli selon les méthodes normales d'embauche.

10.15.26 Un Membre ayant la permanence, et dont le contrat est terminé pendant qu'il est en congé d'après l'Article 3.2 a les mêmes droits que les autres Membres ayant la permanence, selon les termes du présent Article.

10.15.27 Les Membres mis à pied et qui sont rappelés remboursent toute portion de leur allocation financière décrite dans l'Article 10.15.22 ci-dessus dépassant le montant auquel ils auraient eu droit s'ils avaient continué à occuper normalement leur poste.

10.15.28 Les frais encourus par le Comité financier créé d'après le présent Article sont payés par l'Employeur.

B. Autres formulations concernant la restructuration

Dans cette section, nous avons repris des extraits des conventions collectives de la York University Faculty Association (**YUFA** ou « **l'Association** ») et de la University of Western Ontario Faculty Association (**UWOFA** ou « **l'Association** ») qui traitent des situations de nécessité financière et des déclarations de programmes excédentaires.

Leurs dispositions présentent l'avantage de garantir un préavis quant aux plans de restructuration (YUFA), de limiter davantage les possibilités d'invoquer une situation de nécessité financière (YUFA) et de mieux protéger les emplois dans le contexte d'une situation de nécessité financière confirmée (UWOFA).

Convention collective de la York University Faculty Association (YUFA) (du 1^{er} mai 2018 au 30 avril 2021)

L'article 17 (conditions d'emploi) de la convention collective de la YUFA prévoit l'obligation supplémentaire pour l'Université de fournir un préavis avant d'aller de l'avant avec des décisions de planification des programmes d'études ou de restructuration (soulignement ajouté).

Restructuration et redéploiement¹

18.28. Les parties reconnaissent l'importance d'une planification efficace des programmes d'enseignement pour la poursuite des activités de l'Université. En assumant son rôle dans le processus de planification des études, en particulier par ses décisions concernant la cession des ressources de l'Université, l'employeur s'engage à respecter le rôle du sénat dans les questions concernant les études et à faire tous les efforts raisonnables pour que les propositions de planification respectent les dispositions de cette convention. De plus, conformément à l'esprit collégial qui préside à la planification des études, l'employeur doit informer les unités dès que possible de toute proposition qui pourrait les concerner et leur donner la possibilité raisonnable de participer au processus.

18.29 Avant leur mise en œuvre, les propositions suggérant d'importantes restructurations des facultés, des unités et des programmes ainsi que des déploiements doivent être soumises au Sous-comité conjoint de la planification à long terme.

L'article 24 (Mises à pied motivées par les besoins financiers) prévoit un processus similaire à ceux des conventions collectives de la RFA et de l'APPUL concernant les situations de nécessité financière. Toutefois, il établit un seuil précis quant au pourcentage que représentent les salaires et les dépenses de l'unité de négociation par

¹ Note de la traductrice : les conventions collectives de la YUFA et de l'OWUFA n'existent qu'en anglais. Les extraits reproduits ici ont été traduits librement.

rapport au budget de l'université en deçà duquel aucune mise à pied ne peut être envisagée (soulignement ajouté).

Article 24 – Mises à pied motivées par les besoins financiers

24.01 Les parties reconnaissent leur responsabilité partagée de travailler ensemble pour que l'Université reste une entreprise saine. L'employeur reconnaît que les membres du corps professoral à plein temps de même que les bibliothécaires et archivistes professionnels à plein temps sont des piliers du travail d'enseignement et de recherche de l'Université et qu'il a pour responsabilité de prendre les mesures raisonnables qui s'imposent pour éviter que l'université ne se retrouve dans une situation financière qui l'obligerait à mettre à pied du personnel. De leur côté, les membres du personnel ont pour responsabilité de faire preuve d'une souplesse raisonnable dans leurs efforts pour aider l'employeur à répondre aux besoins changeants de l'Université et aux circonstances financières qui évoluent également.

24.02 L'employeur s'engage à ne recourir à des mises à pied que lorsque la nécessité de procéder ainsi est établie de bonne foi et à le faire dans les limites absolument nécessaires pour résoudre de graves difficultés financières qui menacent de perdurer et d'empêcher l'Université de remplir sa mission d'enseignement supérieur. Plus précisément, il est entendu par les parties que l'employeur ne proposera pas de mises à pied pour des raisons de nécessité financière si le budget des salaires et avantages sociaux de l'unité de négociation, tel qu'il est défini à l'annexe B, reste en deçà du seuil de 39,46 % des dépenses de l'Université énumérées à l'annexe B. Toute déclaration de situation financière critique devant entraîner des mises à pied doit faire l'objet des procédures précisées ci-dessous dans les dispositions 24.03 à 24.24 inclusivement.

Convention collective de la Western University Faculty Association (UWOFA) (du 1^{er} juillet 2018 au 30 juin 2020)

La convention collective de l'UWOFA prévoit des modalités semblables à celles d'autres conventions collectives d'établissements d'enseignement supérieur en cas de situation de nécessité financière. Si l'employeur procède à des mises à pied, il décide du nombre de mises à pied à faire dans l'ensemble de l'unité plutôt que de cibler des postes précis. Une formule est établie pour calculer le nombre de « jours de mises à pied » (ou jours de réduction des dépenses salariales) que chaque membre du corps professoral recevra dans le but de préserver des emplois.

SITUATION DE NÉCESSITÉ FINANCIÈRE

[...]

8.5 Si la Commission financière détermine que l'Université se trouve dans une situation de nécessité financière, elle doit préciser dans son rapport le montant de l'économie annuelle à réaliser en réduisant l'affectation aux salaires et avantages sociaux pendant la période difficile. L'employeur peut choisir de réduire l'affectation budgétaire au titre des salaires et avantages sociaux des membres en procédant à des mises à pied, mais ce genre de réduction ne peut aller au-delà du montant de réduction précisé par la Commission financière.

Mise en œuvre

9. La mise en œuvre de la décision de procéder à des mises à pied est surveillée par un sous-comité du comité mixte chargé de la mise en œuvre. Parmi les trois personnes qui forment ce sous-comité, une est nommée par l'employeur, une autre par l'Association et la dernière, qui occupe la présidence, est choisie par les deux autres. Le sous-comité a pour mandat de vérifier que les mises à pied envisagées satisfont aux principes qui sous-tendent la présente clause avant leur mise en œuvre.

9.1 Sous réserve de la clause 9.2, les mises à pied touchent l'ensemble de l'unité de négociation, indépendamment de la discipline, du rang, de la permanence ou non, des éventuelles nominations, de l'ancienneté ou du rendement.

9.2 Le nombre de journées de mise à pied est calculé comme suit :

- a) Il faut établir le salaire nominal annuel (SNA) de chaque membre. Pour celles et ceux nommés à plein temps, le SNA est le salaire annuel normal en vigueur à la date de confirmation de la situation de nécessité financière. Pour les autres, le SNA est de trois fois le salaire payable pour la période correspond à la date de confirmation de la situation de nécessité financière;
- b) Il faut aussi déterminer un nombre standard de journées (NSJ) de mise à pied. Le nombre réel de journées de mise à pied exigé de chaque membre doit être comme suit :
 - (i) Les membres dont le SNA ne dépasse pas les deux tiers du salaire de base des professeurs adjoints ne peuvent être mis à pied;
 - (ii) Les membres dont le SNA atteint ou dépasse les quatre tiers du salaire de base des professeurs adjoints doivent prendre le nombre standard de journées de mise à pied, arrondi à la baisse par demi-journée;

- (iii) Les membres dont le SNA se situe entre deux tiers et quatre tiers du salaire de base des professeurs adjoints doivent prendre le nombre de journées de mise à pied issu de la formule suivante,

$$\frac{\text{SNA} - (0,67 \times \text{salaire base prof adj})}{0,67 \times \text{salaire base prof adj}} \times \text{NSJ}$$

arrondi à la baisse par demi-journée (« salaire base prof adj » = salaire de base des professeurs adjoints);

- c) Indépendamment du moment où les membres prennent les journées de mise à pied, le salaire de chaque membre est temporairement réduit à raison de 0,4167 pour cent par journée de mise à pied exigée et cette réduction reste en vigueur pendant toute la période de situation financière critique confirmée;
- d) Pendant une période de réductions salariales associées à des journées de mise à pied, tous les régimes d'avantages sociaux rattachés au salaire, y compris les régimes de retraite et la couverture d'assurance-vie, sont maintenus sur la base des salaires non réduits des membres et toutes les cotisations applicables des membres et de l'employeur à des régimes doivent se poursuivre sur la base des salaires non réduits;
- e) Le NSJ de mise à pied est le nombre exigé pour réduire le montant affecté aux salaires et aux avantages sociaux des membres et précisé par la Commission financière.

9.3 Les membres doivent être avisés du nombre de journées de mise à pied calculé dans les trente (30) jours suivant la création du sous-comité en vertu de la clause 9.

9.4 Les membres doivent prendre leurs journées de mise à pied de manière à ne pas entraver leurs activités d'enseignement prévues au calendrier.

9.5 Conformément aux clauses 4 et 5 du présent article, si, à l'issue de la période déclarée de situation de nécessité financière, celle-ci n'est pas renouvelée ou prolongée, l'employeur rétablit le paiement des salaires à leurs niveaux antérieurs à la période des mises à pied, avec en plus les augmentations de salaire et d'avantages sociaux négociées, mais suspendues en vertu de la clause 7.