

Bulletin d'information juridique à l'intention des entrepreneurs et des décideurs

# lavery

DROIT ► AFFAIRES

## Sommaire

**Réduire ses coûts en modifiant un des éléments de la rémunération de ses employés, est-ce possible ?**

**Que faire quand on entre dans la « zone d'insolvabilité » ?**

**Ralentissement économique - quelques manifestations concrètes en matière de financement et comment réagir**

## RÉDUIRE SES COÛTS EN MODIFIANT UN DES ÉLÉMENTS DE LA RÉMUNÉRATION DE SES EMPLOYÉS, EST-CE POSSIBLE ?

Valérie Korozs  
vkorozs@lavery.ca

Pour faire face à la crise financière qui s'étend impitoyablement à l'économie canadienne, les employeurs sont parfois tentés de réduire certains éléments de la rémunération de leurs employés<sup>1</sup>.

Or, une telle modification peut, dans certains cas, être assimilée à un congédiement déguisé et donner ouverture à une action en justice.

L'arrêt de principe, *Farber c. Cie Trust Royal*<sup>2</sup>, de la Cour suprême du Canada nous enseigne que le congédiement déguisé survient principalement lorsqu'un employeur, sans qu'il ait pour autant l'intention de se départir des services d'un employé, modifie unilatéralement et substantiellement les conditions essentielles du contrat de travail de ce dernier, sans préavis raisonnable ou sans motif sérieux.

Nous examinerons ci-dessous, de manière succincte, trois options dont l'employeur dispose s'il désire procéder, sans fâcheuse conséquence, à la modification des conditions de travail de ses employés.

Soulignons d'entrée de jeu qu'en ce qui concerne les employés syndiqués, l'employeur ne peut apporter aucune modification

à leurs conditions de travail sans le consentement du syndicat, conformément aux termes de la convention collective applicable. Ainsi, les options énumérées ci-dessous ne visent pas ces derniers.

### OBTENIR LE CONSENTEMENT

Généralement, l'obtention du consentement de l'employé, idéalement par écrit, avant de procéder à la modification constitue un bon moyen de défense à l'encontre d'une éventuelle poursuite pour congédiement déguisé.

Pour être valide, le consentement doit être donné de façon « libre et éclairée », c'est-à-dire non vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion.

### DONNER UN PRÉAVIS RAISONNABLE

Pour éviter qu'on l'accuse d'avoir procédé à un congédiement déguisé, l'employeur peut donner à ses employés un préavis raisonnable. Ce préavis informe les employés de la modification qui sera apportée à leurs conditions de travail.

Toutefois, aux yeux de l'employeur qui veut réduire ses coûts de façon urgente pour contrer les effets de la crise sévissant, cette option peut paraître oiseuse et bien belle en théorie. En effet, le préavis dont il est question équivaut au préavis raisonnable de terminaison d'emploi. Or, le préavis raisonnable de terminaison d'emploi s'évalue sur une base individuelle et peut atteindre, à l'égard de certains employés, jusqu'à vingt-quatre mois. Cette option ne permet donc pas toujours à l'employeur d'apporter à brève échéance la modification souhaitée.

### PROCÉDER À UNE MODIFICATION NON SUBSTANTIELLE

Pour déterminer si la modification envisagée est « substantielle », la Cour suprême dans l'arrêt *Farber*, précité, a avancé le raisonnement suivant : le tribunal doit se demander si une personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que l'employé, aurait considéré que la modification touche les conditions essentielles du contrat de travail. Si la réponse est négative, la modification au contrat

de travail est alors justifiée par l'exercice légitime des droits de gérance de l'employeur.

Bien entendu, l'exercice du droit de gérance de l'employeur n'est pas illimité. C'est la portée de ce pouvoir de gérance qu'il faut analyser avec grand soin pour déterminer la marge de manœuvre de l'employeur.

Une modification représentant une réduction de moins de 5 % des éléments de la rémunération de l'employé, lorsqu'une telle modification n'est accompagnée d'aucune autre modification des conditions de travail, pourrait, selon les circonstances, ne pas être considérée comme un congédiement déguisé. Toutefois, chaque cas est un cas d'espèce et aucune règle universelle ne s'applique.

En bref, la frontière entre les droits de gérance de l'employeur et le congédiement déguisé est souvent fort ténue, mais rappelez-vous qu'elle existe et que la somme de ces petites modifications individuelles pourrait représenter pour l'employeur de précieuses économies en ces temps difficiles.

## QUE FAIRE QUAND ON ENTRE DANS LA « ZONE D'INSOLVABILITÉ » ?

Jonathan Warin  
jwarin@lavery.ca

Dans le contexte économique actuel, plusieurs entreprises ont un pied, sinon les deux, dans la « zone d'insolvabilité ». En pratique et en règle générale, une entreprise entre dans la zone d'insolvabilité quand elle est aux prises avec des problèmes de liquidité auxquels elle ne peut remédier, notamment en raison du resserrement du crédit. Alors qu'ils tentent de trouver des solutions, les administrateurs n'ont souvent d'autre choix que de faire ce douloureux constat : l'entreprise est insolvable.

En termes légaux, une société insolvable s'entend généralement d'une société : (1) qui est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance; (2) qui a cessé d'acquiescer ses obligations courantes dans le cours ordinaire de ses affaires ou; (3) dont la valeur des éléments d'actif n'est pas suffisante pour l'acquittement des obligations échues ou à échoir.

À partir du moment où une société est insolvable, elle peut faire faillite en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Toutefois, pour tenter d'éviter la faillite, elle peut aussi faire une proposition concordataire en vertu de la LFI ou, dans certains cas, un arrangement en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). Aussi faut-il comprendre les principales différences entre ces procédures d'insolvabilité.

### FAILLITE

La faillite est la mesure la plus radicale : un syndic de faillite prend possession des biens de la débitrice pour le bénéfice de l'ensemble des créanciers. Les éléments d'actif sont liquidés et les dividendes sont distribués aux créanciers. Cette mesure met fin aux activités de la débitrice.

### PROPOSITION

Cette mesure s'effectue sous la supervision d'un syndic (quoique celui-ci ne prenne normalement pas possession des biens de la débitrice) et permet à l'entreprise de proposer à ses créanciers une transaction relativement à leurs créances. La proposition ne vise généralement que les créanciers non garantis. Durant ce processus, la débitrice bénéficie d'une suspension de toutes les procédures à son encontre. La proposition peut aussi être précédée d'un avis d'intention qui permet à la débitrice de bénéficier immédiatement d'une suspension des procédures, lequel est valable a priori pour une période de 30 jours. Ce délai peut être prorogé à certaines conditions, mais une proposition doit être déposée à l'intérieur d'une période de 6 mois suivant le dépôt de l'avis d'intention.

Si la moitié des créanciers non garantis, représentant les deux tiers en valeur, vote en faveur de la proposition, celle-ci est acceptée et, par suite de l'homologation du tribunal, la proposition lie la débitrice et ses créanciers non garantis.

Si la proposition n'est pas acceptée, la débitrice est réputée faire faillite.

### ARRANGEMENT

L'arrangement en vertu de la LACC s'apparente à la proposition, mais cette mesure n'est disponible que pour les sociétés dont l'endettement totalise cinq millions \$ et plus.

Il s'agit d'un processus de restructuration qui s'effectue sous la supervision du tribunal et d'un contrôleur (tenant essentiellement le même rôle qu'un syndic en matière de proposition).

En regard de la LFI, la LACC procure davantage de flexibilité quant à la restructuration proposée et permet à la débitrice ou aux créanciers de faire des demandes particulières au tribunal en cours de processus. Notamment, les tribunaux autorisent régulièrement des financements intérimaires (DIP financing) qui permettent à l'entreprise d'obtenir du financement immédiat lorsqu'elle a besoin de liquidités durant sa restructuration. Ce type de financement est effectivement possible, puisque les tribunaux permettent alors

la création de sûretés garantissant ce financement intérimaire prenant rang antérieurement aux sûretés existantes.

Cependant, il faut savoir que cette flexibilité à un prix. Les procédures pour soumettre un arrangement s'avérant souvent très coûteuses, elles ne se prêtent donc pas à toute circonstance.

Il est parfois difficile d'établir laquelle des procédures d'insolvabilité est la plus appropriée pour un cas donné, aussi faut-il conclure par un conseil à la fois simple et important : n'attendez pas qu'il soit trop tard pour consulter vos conseillers financiers et juridiques! Ceux-ci peuvent, pendant qu'il en est encore temps, mettre en branle un train de mesures vous permettant de traverser une situation qui peut vous sembler sans issue.

## RALENTISSEMENT ÉCONOMIQUE QUELQUES MANIFESTATIONS CONCRÈTES EN MATIÈRE DE FINANCEMENT ET COMMENT RÉAGIR

Valérie Martin  
vmartin@lavery.ca

Malgré la crise mondiale qui secoue les marchés financiers, les occasions de financement existent toujours au Québec. En plus des fonds accessibles auprès de prêteurs traditionnels, le gouvernement du Canada annonçait récemment un investissement de 350 millions de dollars dans la Banque de développement du Canada, ce qui aura pour effet d'accroître l'offre de liquidités des prêteurs dans l'ensemble du pays. Au Québec, le gouvernement a annoncé un programme d'aide aux entreprises québécoises qui peinent à trouver du financement. Ce programme, baptisé « Renfort », vise à aider des entreprises dites « performantes » à surmonter les difficultés occasionnées par le ralentissement économique. Administré sous la direction d'Investissement Québec, « Renfort » permettra d'accorder jusqu'à 250 millions de dollars en financement direct sous forme de prêts à terme aux entreprises admissibles.

Sachons toutefois qu'il existe présentement un « resserrement » des conditions de crédit, résultat d'un accès de prudence de la part des institutions financières. La crise a notamment changé le rapport de force entre prêteurs et emprunteurs. En effet, ce rapport avantageait fortement les emprunteurs depuis quelques années, alors que le crédit était très accessible. Or, on assiste maintenant à un retour de balancier rendant la négociation de conditions de crédit plus difficile pour les emprunteurs. L'impact concret de cette nouvelle dynamique sur une entreprise dépendra largement de la solidité de ses assises économiques.

Pour les entreprises en bonne santé financière qui n'ont pas un besoin urgent de financement additionnel, l'entrepreneur pourrait être tenté de reporter les projets susceptibles d'augmenter la nécessité de crédit. En effet, certains trouveront que l'augmentation de la tarification de même que le resserrement des conditions de crédit ne sont pas propices au lancement de nouveaux projets. Il faut toutefois reconnaître que certains taux d'intérêt, en raison de la baisse du taux directeur de la Banque du Canada, sont très avantageux, malgré l'augmentation de l'écart chargé par les institutions financières. Par exemple, le taux de base des institutions financières est généralement composé du taux directeur de la Banque du Canada plus 175 points de base. Ce taux directeur se situe présentement à 0,50 %. Les taux de base devraient donc se situer autour de 2,25 % alors que la plupart des banques affichent un taux de base de 2,50 %. De plus, il faut généralement prendre en compte un écart additionnel au taux de base, calculé de façon générale selon l'état de santé de l'entreprise (souvent basé sur un ratio financier). Cet écart a aussi augmenté dernièrement.

De plus, si l'entreprise éprouve quelques difficultés passagères, il n'est sans doute pas stratégique de fournir à son prêteur l'occasion de réexaminer son dossier de financement. Cela ne veut pas dire qu'il faille jouer au chat et à la souris. Au contraire, l'approche à privilégier en demeure une de transparence. En effet, l'entreprise qui prévoit devoir absorber des dépenses importantes ou une baisse significative de revenus affectant sa capacité à rencontrer ses ratios financiers ou autres obligations aura plutôt intérêt à en aviser son institution financière le plus rapidement possible. Une divulgation proactive facilitera la négociation de consentements de la part du prêteur en cas de défaut ou l'obtention de crédits additionnels visant à permettre à l'emprunteur de traverser cette période difficile. Toutefois, tel qu'il est évoqué précédemment et à fortiori pour les entreprises aux prises avec des difficultés, il faudra s'attendre à ce que toute entente avec le prêteur soit assortie de modalités plus onéreuses qu'auparavant. L'entreprise envisageant la négociation de consentements ou l'obtention de crédits additionnels devra par ailleurs fournir à son institution financière des prévisions budgétaires faisant état de ses entrées de fonds anticipées et présenter un plan de redressement réaliste intégrant les solutions mises de l'avant pour surmonter ses difficultés financières. Plus que jamais, tout emprunteur se doit d'établir, et de maintenir, un esprit de collaboration constante ainsi que de faire preuve de transparence auprès de son institution financière. En effet, dans le contexte actuel, un banquier inquiet ou nerveux ne se montrera pas aussi patient avec l'entreprise.

Qu'en est-il des entreprises éprouvant de graves difficultés financières? On peut prévoir que celles-ci pourraient voir leur banquier se retirer, et leurs possibilités de financement s'amenuiser. Si une entreprise n'intéresse plus les prêteurs traditionnels, il faut savoir que les autres prêteurs ont également resserré leurs critères d'admissibilité, sinon carrément cessé de prêter. Les sources alternatives de financement se raréfiant, ces entreprises devront peut-être se tourner vers des modes de financement tout à fait différents, tels que l'affacturage et le crédit basé sur l'actif (asset based financing) ou encore, dans la mesure où elles y sont admissibles, vers des programmes gouvernementaux visant à soutenir les entreprises en difficulté, tel le programme « Renfort » d'Investissement Québec.

En somme, même s'il est vrai qu'un certain resserrement des conditions de crédit se manifeste depuis quelques mois et risque de se poursuivre durant un certain temps, il faut retenir que le crédit demeure accessible. Toutefois, les emprunteurs gagnent à être conscients des manifestations du ralentissement économique sur le plan de leur financement de même que sur le plan des modalités inhérentes à celui-ci, afin d'être mieux préparés et ainsi tirer leur épingle du jeu en dépit du contexte économique défavorable.

---

<sup>1</sup> Par exemple, en réduisant le salaire des employés ou la contribution de l'employeur aux fonds de pension, plans de boni ou régimes d'intéressement de ces derniers.

<sup>2</sup> [1997] 1 R.C.S. 846 (C.S.C.) (ci-après « **Farber** »).

Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit. Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.

LAVERY PUBLIE ÉGALEMENT DES BULLETINS CONCERNANT PLUSIEURS AUTRES SECTEURS DE DROIT. SI VOUS DÉSIREZ CONSULTER LA LISTE DE CES SECTEURS ET VOUS ABONNER, VISITEZ NOTRE SITE LAVERY.CA

► [lavery.ca](http://lavery.ca)