

**Faillite et droit civil:
Vers une approche asymétrique en matière de
compensation?**

Me Éric Vallières

La faillite et l'insolvabilité, 6^{ième} conférence Institut Canadien
Le 27 septembre 2006

Best Western Ville-Marie
3407, rue Peel.

D.I.M.S. Construction (Trustee of) c. Quebec (P.G.),
[2005] 2 R.C.S. 564 («DIMS»)

«La compensation en *equity* ne peut palier l'inapplication de la compensation du droit civil et ne peut être introduite au Québec par le par. 97(3) LFI. Le droit supplétif au Québec est le droit civil québécois et plus spécifiquement ici, les règles sur la compensation prévue au C.c.Q.»

- Juge Marie Deschamps, p. 593-594

Décisions québécoises ayant appliqué la compensation en «equity» pour pallier à une imperfection de la compensation légale:

- *Trépanier (Syndic de)*, [1993] R.J.Q. 485 (C.S.)
- *St-Léonard (Ville de) c. 2945-2802 Québec Inc.*, J.E. 98-2341 (C.A.)
- *Structal (1982) inc. c. Fernand Gilbert Ltée*, REJB 1998-08233 (C.A.)
- *in re D'Auteuil* J.E. 99-0864 (C.A.)
- *Nolisair International Inc. (re)*, J.E. 2000-165 (C.A.)
- *Industries Porte Mackie Inc. (Proposition)*, J.E. 2002-677 (C.A.)

Quel impact aura l'arrêt DIMS?

PLAN

- Rappel des principes généraux de la compensation en insolvabilité
- Fondements de l'arrêt DIMS
- Conséquences pratiques
- Pistes de développement possibles

Rappel des principes généraux de la compensation en insolvabilité

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985 ch. B-3 (« LFI »)

Art. 97(3)

«Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.»

Rappel des principes généraux de la compensation en insolvabilité

*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies,
L.R.C. 1985 ch. C-36 (« L.A.C.C. »)*

Art. 18.1

«Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas.»

Droit Civil Québécois

Code Civil du Québec (« C.C.Q. »)

Art. 1672. *«Lorsque deux personnes se trouvent réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre, les dettes auxquelles elles sont tenues s'éteignent par compensation jusqu'à concurrence de la moindre.»*

Art. 1673. *La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce.»*

«Une partie peut demander la liquidation judiciaire d'une dette afin de l'opposer en compensation.»

Art. 1681. *«La compensation n'a pas lieu, et on ne peut non plus y renoncer, au préjudice des droits acquis à un tiers.»*

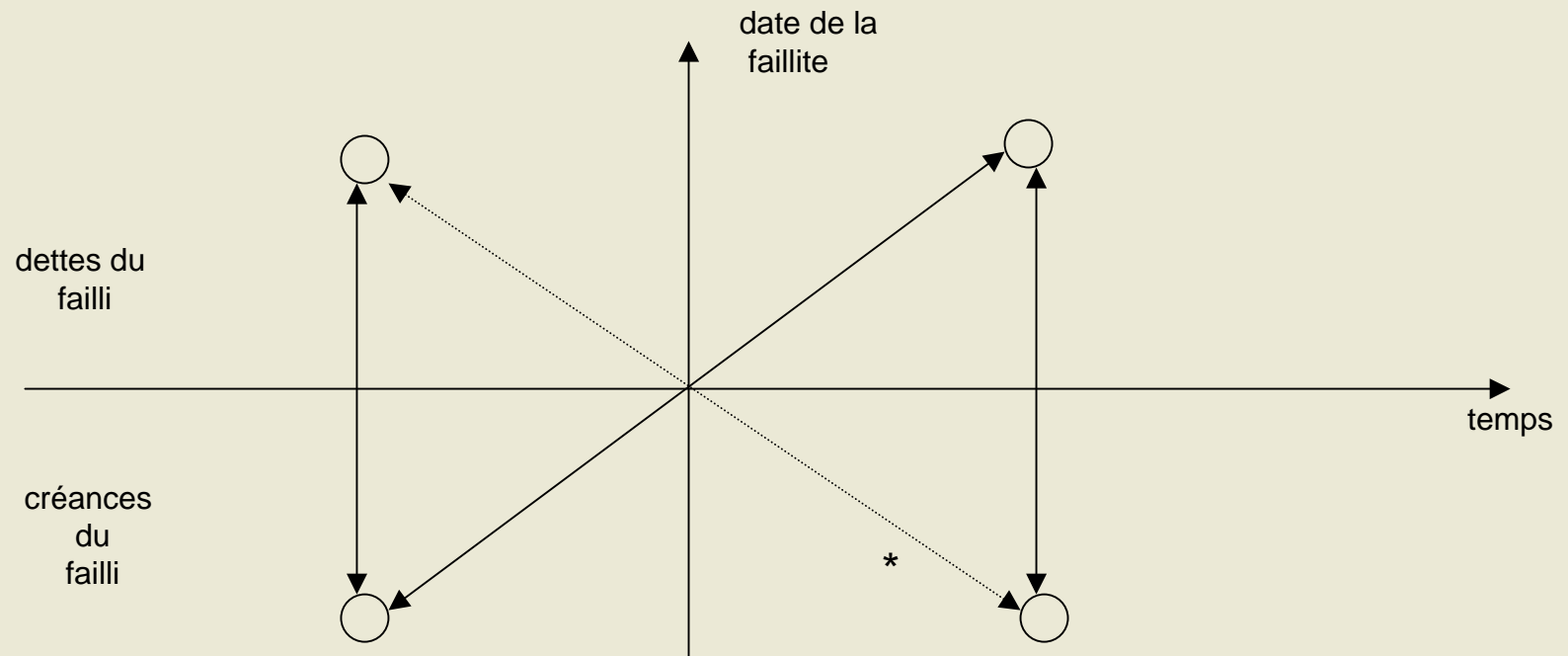
Droit dans les provinces de Common Law

Dans l'arrêt de principe *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S.193 (C.S.C.), la Cour Suprême a décrit ainsi les deux facettes du concept de *set off* en droit canadien:

«La compensation légale (ou la compensation en common law) exige que soient remplies deux conditions: les deux obligations doivent être des dettes et il faut que l'une et l'autre dettes représentent des obligations réciproques. (...)

La compensation en equity peut être invoquée chaque fois qu'on réclame une somme d'argent, déterminée ou non, indépendamment de toute cession qui a pu être effectuée. Il n'y a aucune exigence de réciprocité. On peut (1) opposer en compensation au cessionnaire une somme d'argent devenue exigible antérieurement à l'avis de cession, et (2) invoquer contre le cessionnaire la compensation relativement à une somme d'argent provenant du même contrat ou de la même série d'événements que ceux d'où provient la somme d'argent cédée, ou présentant un lien étroit avec ce contrat ou cette série d'événements.»

Solutions traditionnelles en situation de faillite



* prohibé par 97(3), 121, 136(3), 141 L.F.I.

La compensation dans le cadre de la L.A.C.C.

- Effet des décisions sur la compensation dans l'affaire Air Canada
(2003) 45 C.B.R. (4th) 13, et
Juin 18, 2003 (03-CL-4932)
- Distinction faite par la Cour (restructuration vs. Liquidation)
Applicabilité de principe de la compensation légale
Exception évoquée par le juge : le scénario de liquidation
- Le cas de la compensation en "equity" sous la L.A.C.C. :
Algoma Steel Inc. vs Union Gas Ltd., (2001) 30 C.B.R. (4th) 163
Re Blue range resource Corp, [2000] A.J. 830 (A.C.A.)
Re Canadian Airlines Corp., (2001) 7 W.W.R. 383 (A.C.Q.B.)

La compensation pendant un avis d'intention

- La compensation est généralement permise, sous réserve de la présomption de préférence frauduleuse édictée à l'art. 95 LFI qui court pendant toute la période de l'avis d'intention (Art. 97(3) LFI)

Critère du cours normal des affaires

- traditionnellement, la compensation en "equity" était aussi possible, de façon subsidiaire

Structal (1982) inc. c. Fernand Gilbert Ltée, [1998] R.J.Q. 2686 (C.A.)

St-Léonard (Ville de) c. 2945-2802 Québec Inc., J.E. 98-2341 (C.A.)

D'Auteuil (Syndic de), J.E. 99-0864 (C.A.)

L'arrêt DIMS

Question: Les arts. 316 L.A.T.M.P. et 54 L.R.T.I.C. sont-ils opérants en matière de faillite (en d'autres termes violent-ils la L.F.I.?)

La Cour: Non. Ils sont soumis à l'art. 1681 C.C.Q., lequel prohibe la compensation au préjudice de tiers (i.e. dès que la compensation n'est pas parfaite avant la faillite). Le syndic serait un tiers si ce n'était de l'art. 97(3) L.F.I. et sa nomination déclenche l'application de l'art. 1681 C.C.Q.

La LFI est donc plus permissive que ne l'est le C.C.Q. et la compensation des arts. 316 L.A.T.M.P. et 54 L.R.T.I.C y prend sa source. L'art 97(3) LFI permet que la Cour liquide la créance du failli, malgré l'art. 1681 C.C.Q. La dette du failli doit cependant impérativement avoir été acquise avant la faillite.

La doctrine de compensation en « *equity* » n'existe pas au Québec et ne pouvait donc pas conduire à une compensation affranchie de l'art. 1681 C.C.Q.

Loi sur l'harmonisation (No. 1), L.C. 2001, c. 4

- *Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21*

Art. 8.1. «Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

Art. 8.2. *Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.»*

Loi sur l'harmonisation (No. 1), L.C. 2001, c. 4

Ancien art. 183(1)(b) LFI, abrogé:

«Les tribunaux suivants possèdent la compétence en droit et en equity qui doit leur permettre d'exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite (...) (b) dans la province de Québec, la Cour supérieure;

Nouvel art 183(1.1), LFI:

Dans la province de Québec, la Cour supérieure possède la compétence pour exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la présente loi durant son terme, tel que celui-ci est maintenant ou peut par la suite être tenu, pendant une vacance judiciaire et en chambre.»

L'arrêt DIMS - Commentaires

- La LFI ne devrait pas « créer » le droit à la compensation, mais seulement l'emménager en contexte de faillite
- La Cour ne précise pas si l'art. 97(3) LFI peut aussi pallier à la non exigibilité ou non liquidité de la dette due par le failli
- La compensation judiciaire « élargie » par l'art. 97(3) LFI n'est possible que par recours contre le failli (art. 172 C.p.c.), lequel est en principe prohibé (art. 69.3 LFI)
- De plus, si on admettait un tel recours, il ne nécessiterait aucune connexité entre les réclamations (art. 270 C.P.C.)
- La Cour cite pourtant avec approbation des décisions québécoises ayant accepté une compensation légale « élargie » invoquée en défense, pour des motifs évidents d'équité, et où la connexité était flagrante.
- La doctrine du « *equitable set-off* » existe ailleurs au pays.

Article 172 C.P.C.

Art. 172 «Le défendeur peut faire valoir par sa défense tous moyens de droit ou de fait qui s'opposent au maintien, total ou partiel, des conclusions de la demande.

Il peut aussi, et dans le même acte, se porter demandeur reconventionnel pour faire valoir contre le demandeur toute réclamation lui résultant de la même source que la demande principale, ou d'une source connexe. Le tribunal reste saisi de la demande reconventionnelle, nonobstant un désistement de la demande principale.»

Article 270 C.P.C.

Art. 270 «Même lorsque les réclamations ne résultent pas de la même source ou d'une source connexe, deux ou plusieurs demandes entre les mêmes parties, portées devant la même juridiction, peuvent être réunies par ordre du tribunal, s'il lui paraît opportun de les instruire ensemble et qu'il n'en résulte pas un retard indu pour l'une d'elles ou un préjudice grave à un tiers intéressé par l'une des demandes.»

Conséquences pratiques

En matière d'avis d'intention:

- Non applicabilité probable de l'article 1681 C.C.Q. (?)
Logique appliquée dans Air Canada par analogie
- Le test devrait donc demeurer; «y a-t-il préférence frauduleuse?»

Note: Pertinence d'un élément de connexité

Conséquences pratiques

En matière de proposition sous la LFI

- Applicabilité probable de 1681 C.C.Q. (62(2) LFI)
- Malgré 66 LFI, on ne voit pas comment 97(3) peut être utile
- Pas de compensation en "*equity*"

Conséquences pratiques

En matière de L.A.C.C.

- Il est possible de soutenir que l'art. 1681 C.C.Q. ne s'applique pas, puisqu'il n'y a pas de saisine dévolue au contrôleur
- Suivant la logique du Juge Farley dans *Air Canada* au moins en cas de restructuration, la compensation légale s'applique, sous réserve du «gel temporal»
- En cas de liquidation, l'absence de saisine du contrôleur rendrait-elle les arts. 316 LATMP et 54 L.R.T.I.C. inopérants?
- Cependant développements à prévoir, vu les critiques de la solution *Air Canada*. Mais dorénavant aucune possibilité de recourir à la compensation en « *equity* » au besoin (voir supra)

Pistes de développement possibles

- La nécessité d'un concept-tampon permettant un équilibrage au cas par cas entre les droits de la masse et ceux de certains créanciers en situation particulière est avérée
- Intuitivement ce concept-tampon doit être celui de la connexité des réclamations
- La jurisprudence canadienne de *common law* tend vers cette solution à travers le concept de compensation en « *equity* »
- Depuis DIMS, cette solution n'est (à juste titre) plus transposable en droit civil québécois

La connexité: “condition-joker” de la compensation légale française

«Dans l’hypothèse de l’ouverture d’une procédure collective, la jurisprudence admet depuis longtemps qu’en cas de connexité entre les créances réciproques la compensation peut produire son effet extinctif postérieurement à l’ouverture de la procédure, et cela même si toutes les conditions ne sont pas réunies. Cette «supercompensation», affranchie de la rigueur des conditions, tant positives que négatives, ci-dessus exposées, a ensuite été étendue à d’autres hypothèses.

La Cour de cassation affirme ainsi que, «lorsque deux dettes sont connexes, le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l’une d’elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d’exigibilité; il est tenu de constater le principe de cette compensation qui constitue, pour les parties, une garantie, sauf à ordonner toutes mesures pour parvenir à l’apurement des comptes».

(suite)

La connexité: “condition-joker” de la compensation légale française

« La connexité a pu ainsi être qualifiée de «condition-joker», susceptible de suppléer les conditions de liquidité et/ou d'exigibilité normalement requises. La compensation a ainsi été admise, en cas de connexité, non seulement pendant la période suspecte, mais encore postérieurement à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, comme aussi après une saisie, après qu'un tiers a été subrogé dans la créance, notamment en matière d'affacturage, pour des créances ayant fait l'objet d'une «cession Daily» (supra, no. 1302).

Il faut, du moins, que les deux créances réciproques soient certaines. Aucune compensation n'est possible, sous prétexte de connexité, si cette condition essentielle fait défaut. En cas de procédure collective, il faut, en outre, que la créance connexe invoquée ait été régulièrement déclarée, faute de quoi son extinction empêche toute compensation ultérieure».

Transposition possible au Québec

- La base codifiée est virtuellement la même:

1289 C.N. *«Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.*

1290 C.N. *La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.*

1298 C.N. *La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. (...)*»

Transposition possible au Québec

- Approche compatible avec l'arrêt DIMS. En France la connexité se conçoit généralement comme un tempérament légitime à la règle posée par l'art. 1298 C.N. (droits des tiers - équivalent de l'art. 1681 C.C.Q.)
- Réconciliation possible avec la jurisprudence passée de la Cour d'Appel du Québec, qui peut servir de base à la doctrine.
- Cohérence du droit canadien: très grande similitude avec la compensation en « equity », mais dans une forme compatible avec le C.C.Q.

Conclusion

- L'émergence d'une jurisprudence analogue au Québec, au Canada et en France en matière de compensation «équitable» n'est pas le fruit du hasard: elle répond à un besoin d'équilibrage entre les droits de la masse vs. les droits de certains créanciers en situations particulières.
- L'arrêt DIMS de la Cour Suprême, bien qu'ayant un impact limité à première vue, pourrait conduire à un manque de souplesse des règles québécoises en matière de compensation en insolvabilité, et à une asymétrie importante avec le reste du pays.
- L'arrêt DIMS (et l'art. 97(3) LFI) est cependant compatible avec l'émergence d'une doctrine typiquement québécoise de la connexité, dont la jurisprudence antérieure de la cour d'appel, affranchie de sa source en « equity », pourrait être l'embryon.