

**LE LOCATEUR D'IMMEUBLES COMMERCIAUX :
UN CITOYEN DE SECONDE CLASSE EN
DROIT DE L'INSOLVABILITÉ?**

ME ROGER P. SIMARD

**Texte présenté à l'Institut Canadien,
Forum Québécois sur l'immobilier commercial
Montréal, les 19 et 20 février 2007**



FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

1, Place Ville-Marie
Bureau 3900
Montréal QC H3B 4M7
Ligne directe : (514) 878-5834
Télécopieur : (514) 866-2241
Courriel : roger.simard@fmc-law.com
© Roger P. Simard, tous droits réservés.

Le locateur d'immeubles commerciaux:
un citoyen de seconde classe en droit de l'insolvabilité?

TABLES DES MATIÈRES

1.	L'IMPOSSIBILITÉ ABSOLUE DE DÉTENIR DES SÛRETÉS SUR LES BIENS DU LOCATAIRE INSOLVABLE : MYTHE OU RÉALITÉ ?	2
1.1	Le sort réservé aux sûretés légales	6
1.1.1	Le « <i>distress</i> » et le droit de saisie	9
1.1.2	L'ancien privilège du locateur en vertu du C.c.B.-C.	10
1.1.3	L'ancien privilège du Ministère du Revenu.....	13
1.1.4	La priorité du Code civil du Québec.....	16
1.2	Le même sort est-il réservé aux sûretés conventionnelles ?	17
1.2.1	Les sûretés conventionnelles du locateur.....	18
1.2.2	Les sûretés conventionnelles des autres personnes mentionnées à l'article 136 LFI 26	
1.3	Les sûretés légales et conventionnelles en vertu de la LACC	26
1.4	Les garanties qui ne portent pas sur les biens du locataire	27
1.4.1	Le cautionnement et la cession de créances.....	27
1.4.2	La répudiation de bail, le cautionnement et la lettre de garantie bancaire.....	29
1.4.3	La lettre de garantie bancaire et le paiement préférentiel	31
2.	LES ORDONNANCES DE SAUVEGARDE	35
2.1	Les ordonnances de sauvegarde en général.....	36
2.2	Les ordonnances de sauvegarde en matière de location d'immeubles.....	37
2.3	Les divers types d'ordonnance de sauvegarde	40
2.3.1	Ordonnance de paiement du loyer au locateur.....	40
2.3.2	Ordonnance de sauvegarde pour le paiement à l'agent du locateur.....	40
2.3.3	Ordonnance de garder les sommes en fidéicommiss ou de déposer à la Cour.....	41
2.4	Impact de la faillite sur une ordonnance de sauvegarde	41
2.4.1	Impact sur les procédures.....	41
2.4.2	Impact sur les dépôts en fidéicommiss ou à la Cour	43
2.5	Impact d'un arrangement sur une ordonnance de sauvegarde.....	49

3.	LES DÉPÔTS DE GARANTIE DANS LES BAUX COMMERCIAUX.....	50
3.1	Le dépôt remboursable.....	51
3.2	Le loyer payé d'avance	54
3.3	Les sûretés sur le dépôt.....	57
3.4	La compensation	57

INTRODUCTION¹

Un des domaines les plus fertiles pour le litige en matière d'insolvabilité est celui des relations avec les locateurs d'immeubles commerciaux. Non seulement les montants en cause seront-ils importants, mais, plus souvent qu'autrement, le droit et les conditions d'occupation ou d'abandon d'un local commercial auront un impact déterminant sur la distribution du produit de réalisation ou sur la viabilité de l'entreprise en réorganisation.

Pourtant, le parcours du locateur afin d'obtenir satisfaction est parsemé d'échecs et d'embûches. Ceux-ci peuvent, à juste titre, se considérer comme la catégorie de personnes dont les droits sont le plus diminués en cas d'insolvabilité du locataire. Et il semble que leurs efforts pour remédier à la situation en obtenant des sûretés conventionnelles, des dépôts de garantie et même des lettres de crédit bancaire soulèvent souvent de nouvelles difficultés et n'atteignent pas toujours l'objectif de garantir le paiement des sommes exigibles du locataire insolvable.

Ces relations houleuses doivent de plus être examinées à la croisée de deux compétences constitutionnelles partagées entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces. D'une part, le législateur fédéral a une compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité². D'autre part, le législateur provincial a compétence exclusive en matière de propriété et droit civil³, ce qui inclut les relations contractuelles entre un locateur

¹ Une première version du présent texte avait été remise à l'occasion d'un déjeuner-causerie de la Section Droit Immobilier de l'Association du Barreau Canadien (Québec) le 18 mai 2006. Le présent texte est à jour au 29 janvier 2007.

² Par. 91 (21) *Loi constitutionnelle de 1867*.

³ Par. 92 (13) *Loi constitutionnelle de 1867*.

et un locataire. Compte tenu de l'importance économique de l'occupation d'un immeuble pour un locataire, il n'est donc pas surprenant que tant le législateur fédéral que le législateur provincial se soient penchés sur les droits des locateurs d'immeubles en cas d'insolvabilité du locataire et il est encore moins surprenant de constater que leurs lois viennent parfois en conflit.

Dans le présent texte, nous chercherons à déterminer comment certains droits du locateur d'immeubles sont affectés en cas d'insolvabilité du locataire. Le locateur d'immeubles commerciaux est-il un citoyen de seconde classe en droit québécois de l'insolvabilité ?

Le statut de « locateur » pourrait avoir une influence négative sur les sûretés qu'une personne croit détenir. Cette détermination passe tout d'abord par une analyse du statut du locateur à titre de « créancier garanti ».

Le statut du locataire affectera ses droits à l'égard des dépôts faits en vertu des ordonnances de sauvegarde qui sont émises par les tribunaux civils à la demande et en faveur du locateur, normalement pour la période couverte entre l'institution d'une requête introductive d'instance et le jugement final au mérite. Enfin, nous étudierons la question des dépôts de garantie et du loyer payé d'avance afin de déterminer si le statut diminué du locateur peut avoir un impact sur ses droits en cas d'insolvabilité du locataire.

1. L'IMPOSSIBILITÉ ABSOLUE DE DÉTENIR DES SÛRETÉS SUR LES BIENS DU LOCATAIRE INSOLVABLE : MYTHE OU RÉALITÉ ?

Au niveau du droit civil applicable au Québec, le *Code civil du Bas-Canada* (« **C.c.B.-C.** ») accordait aux locateurs d'immeubles un privilège limité sur les biens meubles garnissant les

lieux loués⁴. Ce privilège est aboli depuis le 1^{er} janvier 1994, mais son étude est nécessaire à une analyse des droits problématiques du locateur.

Le statut de créancier privilégié au sens du C.c.B.-C. aurait normalement conféré aux locateurs le statut de « créancier garanti » au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁵ (« **LFI** ») en raison du privilège de droit civil qui était alors mentionné spécifiquement à la définition de la LFI.

Cependant, l'alinéa 136(1)f) LFI accorde une préférence aux locateurs dans l'ordre de distribution, en cas de faillite du locataire :

« Art. 136(1) [**Priorité des créances**] Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli sont distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant :

(...)

f) le locateur quant aux arriérés de loyer pour une période de trois mois précédant la faillite, et, si une disposition du bail le prévoit, le loyer exigible par anticipation, pour une somme correspondant à trois mois de loyer au plus, mais le montant total ainsi payable ne peut dépasser la somme réalisée sur les biens se trouvant sur les lieux sous bail; tout paiement fait par le locataire au titre d'une telle disposition est porté au compte du montant payable par le syndic pour le loyer d'occupation. »

⁴ Articles 1619, 1994(8) et 2005 du *Code civil du Bas-Canada*.

⁵ L.C. c. B-3, telle qu'amendée. À l'époque, la définition de « créancier garanti » de l'article 2 L.F.I. se lisait comme suit : « Personne détenant une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir, ou personne dont la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire et dont le débiteur n'est responsable qu'indirectement ou secondairement. »

Cette préférence ou ordre de priorité vient en lieu et place des droits que les lois de chaque province accordent au locateur⁶. Le législateur fédéral a donc voulu assurer en matière de faillite un traitement égal des locateurs d'immeubles à travers le Canada, en exerçant ainsi sa compétence constitutionnelle dans ce domaine, ce qui rend inopérantes les dispositions incompatibles du droit provincial qui accordent elles aussi des droits de préférence au locateur.

Cette incompatibilité entre deux lois existe-t-elle et a-t-elle un impact dans le cas des sûretés purement conventionnelles du locateur d'immeuble en cas de faillite du locataire ? C'est ce que nous tenterons de déterminer.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* contient également d'autres dispositions sur les droits du locateur, notamment le paragraphe 73(4) LFI et l'article 146 LFI qui se lisent comme suit :

« 73(4) [**Effet d'une faillite lors d'une saisie de biens pour loyer ou taxes**] Sur production d'une copie de l'ordonnance de séquestre ou de la cession, que le syndic a certifiée conforme, tout bien d'un failli saisi pour loyer ou pour taxes est remis sans délai au syndic; mais les frais de saisie constituent une créance de premier rang sur ces biens et, en cas de vente de tout ou partie des biens, le produit de celle-ci, moins les frais de la saisie et de la vente, est remis au syndic.»

« 146 [**Application de la loi provinciale aux droits des propriétaires d'immeubles**] Sauf quant à la priorité de rang que couvre l'article 136 et sous réserve du paragraphe 73(4), les droits des propriétaires sont

⁶ *In re: Gingras Automobiles Ltée*, 4 C.B.R. (n.s.) 123 (C.S. Can.), [1962] R.C.S. 676.

déterminés conformément au droit de la province où sont situés les lieux
sous bail.»

Cependant, la promesse faite par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de déterminer les droits des propriétaires conformément au droit de la province où sont situés les lieux sous bail apparaît un peu vide de sens à la lumière de l'interprétation qu'ont donné les tribunaux à l'ensemble de ces dispositions. En effet, les tribunaux privent le locateur d'immeubles du droit d'exécuter des sûretés conventionnelles régies par le droit provincial en cas de faillite du locataire. Même s'il n'est pas question ici de capacité de donner un consentement ou d'impossibilité d'agir au sens du droit civil, malgré le titre de la présente partie, l'effet pour le locateur sera le même : il lui sera impossible de faire valoir, contre le syndic ou l'actif, les sûretés conventionnelles valides qu'il aurait obtenues avant la faillite du locataire.

Mais cette question est controversée et une analyse de la jurisprudence laisse entrevoir que cette impossibilité devrait relever plus du mythe que de la réalité.

Nous croyons en effet qu'il faut faire une distinction entre les sûretés légales créées et établies par le législateur provincial en faveur de tous les locateurs et les sûretés conventionnelles, nécessairement régies par le droit provincial, auxquelles le locataire peut consentir en faveur du locateur et pour lesquelles il n'existe, selon nous, aucun conflit de lois. Ce conflit direct entre la loi fédérale et une loi provinciale est la seule source réelle de la perte des droits du locateur.

Si cette distinction est retenue, non seulement le sort réservé aux sûretés conventionnelles mais aussi le sort réservé aux dépôts de garantie et à certains dépôts effectués aux termes des

ordonnances de sauvegarde pourront être différents. Si la distinction est rejetée, on peut craindre de nouveaux déboires pour les locateurs qui tentent de protéger leurs loyers à recevoir par ces mécanismes de dépôt et de sauvegarde.

1.1 Le sort réservé aux sûretés légales

On peut comprendre que les droits spéciaux et sûretés légales conférés aux locateurs par le législateur provincial soient mis à l'écart en cas de faillite, comme c'est le cas pour le « *distress* » de common law ou encore comme, autrefois au Québec, pour le privilège du locateur ou pour le droit de saisie avant jugement du locateur⁷. Ces dispositions législatives provinciales s'appliquent automatiquement à tous les baux sujets aux lois de la province où sont situés les lieux sous bail. Il s'agit donc de sûretés purement légales et de droits spéciaux créés uniquement par la loi provinciale, que la loi fédérale de faillite peut mettre de côté lorsqu'elle s'applique et qu'il y a conflit entre l'opération des deux textes. En effet, la loi provinciale ne crée alors qu'une priorité dans l'ordre de distribution, même si elle choisissait de la nommer « hypothèque », « privilège », « fiducie », « propriété », « priorité » ou autrement. Il devrait en être autrement des sûretés conventionnelles qui résultent non pas de la relation locateur/locataire créée par le bail mais bien d'un contrat, d'un échange de consentements, par lequel le locataire a accepté de conférer au locateur une sûreté sur ses actifs, laquelle sûreté est évidemment régie par le droit provincial. Puisque le paragraphe 136(1) LFI commence d'emblée par les mots « sous réserve des droits des créanciers garantis », on pourrait donc penser que l'obtention d'une hypothèque conventionnelle permettrait aux locateurs de demeurer dans les rangs des créanciers garantis car elle est

⁷ Autrefois prévu au paragraphe 734(2) du *Code de procédure civile*.

clairement visée par la nouvelle définition de « créancier garanti » de l'article 2 LFI, qui se lit
comme suit :

Article 2 : **[Définitions]**. « Les définitions qui suivent s'appliquent à la
présente loi.

(...)

«créancier garanti» Personne titulaire d'une hypothèque, d'un gage, d'une
charge ou d'un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou une partie de
ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir, ou personne dont
la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce
dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire et
dont le débiteur n'est responsable qu'indirectement ou secondairement.
S'entend en outre :

a) de la personne titulaire, selon le Code civil du Québec ou les autres lois
de la province de Québec, d'un droit de rétention ou d'une priorité
constitutive de droit réel sur ou contre les biens du débiteur ou une partie de
ses biens;

b) lorsque l'exercice de ses droits est assujéti aux règles prévues pour
l'exercice des droits hypothécaires au livre sixième du Code civil du
Québec intitulé Des priorités et des hypothèques :

(i) de la personne qui vend un bien au débiteur, sous condition ou à
tempérament

(ii) de la personne qui achète un bien au débiteur avec faculté de rachat en
faveur de celui-ci,

(iii) du fiduciaire d'une fiducie constituée par le débiteur afin de garantir
l'exécution d'une obligation. »

En effet, il n'y a pas de motif politique, social ou économique qui justifierait de priver le
locateur d'immeubles, et uniquement le locateur d'immeubles, du droit d'obtenir des sûretés
conventionnelles sur l'actif de son débiteur alors que tous les autres créanciers pourront le

faire. Il est d'ailleurs difficile de voir une telle intention du législateur fédéral, compte tenu de l'article 146 LFI et de la réserve expresse du passage introductif du par. 136(1) LFI. Il est certain que les locataires sont parfois dans une situation financière, compétitive ou économique qui les pousse à consentir aux locateurs des conditions parfois onéreuses, au niveau du loyer, du dépôt de garantie, des restrictions à l'utilisation du local ou toutes autres clauses, incluant des sûretés en faveur du locateur. Cependant, c'est ultimement le consentement du locataire à la disposition du bail ou à la sûreté qui sera l'élément créateur du droit et non les dispositions législatives provinciales. Selon nous, c'est le nœud du débat : est-ce que la loi provinciale crée une sûreté ou une priorité ou ne fait-elle que la régir ou régler par les principes généraux du droit civil alors qu'elle est créée uniquement par le consentement des parties.

Il faut aussi noter que parmi les autres personnes mentionnées au paragraphe 136(1) L.F.I, on trouve les employés, le syndic pour ses frais d'administration, les municipalités et les frais du représentant légal du failli décédé. Est-ce à dire qu'en toutes circonstances, toutes ces personnes seront, comme le locateur, toujours privées de la possibilité d'obtenir une sûreté conventionnelle? En effet, on peut envisager des circonstances où il sera de l'intérêt d'une entreprise insolvable de conférer des sûretés à ses employés ou même, pendant la réorganisation, au syndic à l'avis d'intention. Il ne nous semble pas que l'article 136 LFI exprime une intention claire du législateur fédéral de priver toutes les personnes mentionnées à l'article 136 LFI du droit d'obtenir une garantie conventionnelle en vertu du droit provincial.

Pour analyser l'impact de l'ordre de priorité de faillite du par. 136(1) LFI sur les sûretés conventionnelles ou légales établies en faveur du locateur, à la lumière de l'intention du législateur fédéral d'établir un régime légal uniforme au Canada en cas de faillite, il faut tenir compte de l'ensemble des dispositions de la loi et du droit provincial autrement applicable.

1.1.1 Le « *distress* » et le droit de saisie

Pour un civiliste, le par. 73(4) LFI, cité plus haut et applicable à la saisie « pour loyer ou pour taxes » semble superfétatoire compte tenu des par. 73(2) et 70(2) LFI qui traitent déjà de la priorité du titre du syndic sur les saisies, sous réserve de certains frais.

« 73(2) [**Remise par l'huissier-exécutant des biens au syndic**] Lorsqu'il a été fait une cession ou qu'il a été rendu une ordonnance de faillite, l'huissier-exécutant ou tout autre fonctionnaire d'un tribunal ou toute autre personne ayant saisi des biens du failli en vertu d'une procédure d'exécution, d'une saisie-arrêt ou de toute autre procédure, sur réception d'une copie de la cession ou de l'ordonnance de faillite certifiée conforme par le syndic, livre immédiatement au syndic tous les biens du failli qu'il a en sa possession.

70(2) [**Frais**] Malgré le paragraphe (1), un seul mémoire de frais émanant d'un avocat, y compris les honoraires de l'huissier-exécutant et les droits d'enregistrement fonciers, est à payer au créancier qui a le premier mis la saisie-arrêt ou déposé entre les mains de l'huissier-exécutant une saisie, une procédure d'exécution ou une autre procédure contre les biens du failli. »

Il semble que le « *distress* » de common law comporte possiblement une charge ou une préférence en faveur du locateur qui en fait un peu plus qu'une simple saisie⁸ et comporte un élément de sûreté qu'on qualifie de « lien ». Le législateur fédéral a donc voulu préciser

⁸ *In Re Toronto Metal and Waste Company* (1921) 2 C.B.R. 138, à la page 140 et *In Re Auto Experts, Ltd.* (1921) 1 C.B.R. 418.

que les droits du syndic auraient priorité sur les droits de saisie et de préférence conférés au locateur par le droit provincial en cas de faillite du locataire, et que ses frais seraient payés dans tous les cas en premier rang, comme pour toutes les autres saisies.

Au Québec, la saisie avant jugement n'était qu'un véhicule procédural souvent utilisé pour faire valoir le privilège du locateur, et la saisie elle-même ne créait pas de sûreté si ce n'est que pour le privilège des frais de justice.⁹

On constate donc que c'est le droit spécial créé en faveur de tous les locateurs par le droit provincial que les articles de la LFI, autres que celui relatif à l'ordre de distribution, met de côté en cas de faillite et de proposition.

1.1.2 L'ancien privilège du locateur en vertu du C.c.B.-C.

La Cour suprême du Canada a clairement réglé le sort du privilège du locateur en vertu du C.c.B.-C. en cas de faillite du locataire dans l'arrêt *In Re : Gingras Automobiles Ltée*¹⁰. Dans cette affaire, il importe de noter qu'il n'est aucunement question de sûretés conventionnelles en faveur du locateur, mais uniquement de sûretés légales créées par le droit provincial et applicables automatiquement à tous les locateurs. Le juge Abbott expose ainsi la question en litige :

“The legal question in issue here is, to what extent if any the provincial law has been abrogated by the provisions of the Bankruptcy Act, R.S.C. 1952, c. 14.”

La Cour conclut comme suit :

⁹ Art. 1994(1) C.c.B.-C.

¹⁰ Précité, Note 6.

“Subject to priority of ranking under s. 95 (and to s. 42(4) which has no relevance here) in virtue of s. 105 the nature and extent of the landlord's claim for rent or damages and any other rights he may have arising out of the contract of lease are determined by the law of the province in which the leased premises are situated.

In my opinion however, in the event of bankruptcy, the right of the landlord to be collocated and paid by preference, and the extent of that preference, are clearly provided for in s. 95. Shortly stated, such preference ranks sixth in order of priority. It is limited to three months' arrears of rent prior to the bankruptcy and to accelerated rent for a period not exceeding three months following the bankruptcy. Any amount payable by preference is limited to the amount realized from property on the leased premises, and any payment on account of accelerated rent must be credited against any amount due by the trustee for occupation rent.

I am further of opinion that by the combined effect of ss. 95, 100 and 105 of the Act the landlord is entitled to rank only as an unsecured creditor for any balance to which he may be entitled under provincial law.”

L'arrêt *In Re : Gingras* n'analyse nullement la réserve contenue au paragraphe introductif de l'article 136 LFI, soit les mots « sous réserve des droits des créanciers garantis », car en l'espèce, aucune sûreté conventionnelle n'était en cause et le locateur n'invoquait que la sûreté légale découlant du privilège de locateur.

D'ailleurs, la Cour suprême approuve la décision rendue dans *Re Radioland Ltd; Canadian Credit Men's Trust Association Ltd. v. Carman Block Ltd.*¹¹ par la Cour d'appel de Saskatchewan qui visait uniquement les droits du locateur au « *distress* » en vertu du *Landlords and Tenants Act*¹². Le lien ainsi créé est devenu inopérant en 1949 lorsque le

¹¹ *Re Radioland Ltd; Canadian Credit Men's Trust Association Ltd. v. Carman Block Ltd.*, 36 C.B.R. 158 (Sas. C.A.).

¹² R.S.S. 1953, c. 312, art. 42.

fédéral a légiféré sur les droits du locateur en cas de faillite et le « *distress* » ne faisait pas, à lui seul, un créancier garanti du locateur.

Il est aussi intéressant de noter que devant la Cour d'appel dans l'affaire *In Re : Gingras Automobiles Ltée*¹³, le juge Choquette, pour la majorité, avait écrit :

« Sauf le respect dû à l'opinion contraire, je suis d'avis que l'art. 95 précité constitue une dérogation au droit civil et que la seule priorité que la loi fédérale reconnaît au locateur est celle que l'on trouve dans cet article, sauf s'il y a une garantie spéciale.

L'article 105 renvoie bien à la loi provinciale quant aux droits de locateurs, mais « sauf quant à la priorité de rang que couvre l'art. 95, et sous réserve des dispositions du par. 4 de l'art. 42... ». L'article 42 traite de la remise au syndic des biens sous saisie.

À mon avis, l'art. 105 doit s'interpréter comme s'il disait : sauf en ce qui concerne son privilège, les droits du locateur sont régis par la loi provinciale. Ses réclamations pour loyer seront colloquées par privilège dans la mesure indiquée par l'art. 95, par. (1) (f). Ses autres réclamations seront traitées comme créances ordinaires conformément à l'art. 95, par. (3). » (notre soulignement)

Cette mention d'une « garantie spéciale » vise clairement une sûreté conventionnelle et la restriction à « son privilège » vise uniquement le privilège légal du locateur. La Cour suprême n'a pas commenté cette précision très importante, mais ne l'a certainement pas contredite ni par son raisonnement ni indirectement en maintenant l'arrêt de la Cour d'appel.

¹³ *In Re : Gingras Automobiles Ltée*, (1962) 3 C.B.R. (n.s.) 55 (C.A.Q.), à la page 58.

Malheureusement, puisque ce n'était pas un fait en l'espèce, cette réserve très importante n'est pas reprise dans les commentaires des auteurs, par exemple Houlden & Morawetz¹⁴:

“... On the basis of these cases a landlord is not a secured creditor. It seems now to be clearly established that the only preference that the landlord has, is that given by s. 95(1)(f) and for the balance of his claim apart from the special provisions of s. 42(4) the landlord is only an ordinary creditor as provided in s. 95(3).”

Il ressort cependant de cette analyse que ce n'est qu'à l'égard d'un conflit opérationnel entre l'ordre de priorité de la loi provinciale (bien que nommé « privilège », il s'agit d'une priorité légale) et l'ordre de priorité de la loi de faillite fédérale que les dispositions provinciales ont cédé le pas. Il n'y avait donc aucune raison de généraliser l'impact de l'arrêt *In Re Gingras* à des sûretés conventionnelles et de conclure péremptoirement, sur cette seule base, que le locateur ne peut pas être un créancier garanti. On doit simplement conclure qu'il n'est pas un créancier garanti en vertu des priorités établies en sa faveur par le droit provincial.

1.1.3 L'ancien privilège du Ministère du Revenu

Jusqu'au 31 décembre 1993, le C.c.B.-C. accordait à la Couronne un privilège sur les biens meubles pour les « créances contre ses comptables¹⁵ ». Pour la Couronne, et en particulier pour le fisc, tout le monde est donc un « comptable » aux fins de l'application de ce privilège.

Jusqu'au 30 novembre 1992, la *Loi sur la faillite*, telle qu'elle s'intitulait alors, accordait à la Couronne une priorité de dernier rang en vertu de l'alinéa 136(1)j, pour « les réclamations,

¹⁴ 3 C.B.R. (n.s.) 63 - Commentaire d'arrêt.

¹⁵ Art. 1994(10) C.c.B.-C.

non mentionnées aux alinéas a) à i) de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, au prorata, nonobstant tout privilège prévu par une loi à l'effet contraire. »

En conséquence, il est utile de considérer l'impact de la mention de la Couronne à l'ordre de priorité de faillite sur les sûretés légales édictées en sa faveur. Devant la même situation, ces sûretés légales devraient subir le même sort que celles du locateur. C'est d'ailleurs le cas.

Cette analyse sera également utile, par analogie, pour mesurer l'impact d'une mention à l'ordre de priorité de faillite sur les sûretés conventionnelles, tant du locateur que de la Couronne.

La Cour suprême du Canada a réglé, en faveur de l'application de l'ordre de priorité de faillite, le sort des sûretés légales établies en faveur de la Couronne. La question était controversée avant l'arrêt *Re Bourgault ; Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Rainville*¹⁶ en raison de la contradiction apparente entre la réserve de droit des créanciers garantis du paragraphe introductif de 136(1) LFI et des mots « nonobstant tout privilège » de l'aliéna 136(1)j L.F., puisque le principal mécanisme revendiqué par la Couronne était justement un privilège. Le juge Pigeon écrit, pour la majorité :

« Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement ; il ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. À mon avis, c'est précisément ce que l'on réclame en soutenant que, parce que la loi du Québec accorde un privilège sur les immeubles qui prend effet à compter de la date de son enregistrement, le fisc y devient un « créancier garanti » et échappe ainsi à la disposition qui ne lui accorde qu'une certaine priorité. »

¹⁶ *Re Bourgault ; Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Rainville* (1979) 33 C.B.R. (n.s.) 301.

On voit donc que c'est du conflit entre les lois fédérale et provinciale dont il est question et ce sont uniquement les sûretés légales qui deviennent inopérantes. On voit aussi que le nom donné au mécanisme de préférence par le législateur provincial, que ce soit « hypothèque » ou « privilège » n'influencera pas sa qualification à titre de mécanisme établissant essentiellement un ordre de priorité.

Par contre, et c'est là tout l'intérêt de cette digression dans un texte qui porte sur les droits du locateur, le juge Pigeon précise, à la page 311 :

« Il ne serait pas à propos de rechercher la portée exacte de l'expression « réclamations de la Couronne », il est bien sûr qu'elle s'applique aux créances du fisc et il me paraît évident qu'elle ne saurait embrasser des créances garanties non par un privilège propre à sa Majesté mais par un privilège dont toute autre personne peut jouir en vertu des principes généraux du droit tel que le privilège de vendeur, celui de constructeur, etc. » (notre soulignement)

Ainsi, si l'on admet le privilège de constructeur à titre de créance garantie de la Couronne, ou son privilège de vendeur, ne doit-on pas, à plus forte raison, admettre une hypothèque conventionnelle qui n'engendre aucun conflit avec l'ordre de distribution de faillite, lequel réserve expressément les droits de créanciers garantis et anéantit uniquement un « privilège prévu par une loi à l'effet contraire »?

Ce n'est que lorsque la loi provinciale établit dans les faits une priorité à l'égard d'une créance uniquement en raison du statut du créancier qu'il en résultera un conflit réel avec la LFI si cette créance et ce créancier sont mentionnés à l'ordre de priorité de faillite.

D'ailleurs, le statut de créancier garanti avait, à l'époque des dispositions en cause dans la présente section, été reconnu en faveur de plusieurs agents de la Couronne qui bénéficieraient de la priorité du par. 136(1) LFI pour des réclamations qui n'étaient justement pas de simples «créances du fisc», au sens de la réserve faite par le Juge Pigeon, mais bien des prêts garantis par hypothèques conventionnelles. Nous y reviendrons à la section 1.2.1.

1.1.4 La priorité du Code civil du Québec

L'article 2651(4) C.c.Q. accorde à l'État une priorité, sans publication, sur les biens meubles du débiteur fiscal pour les sommes dues par ce dernier en vertu des lois fiscales. L'article 2724(1) C.c.Q. et l'article 2725 C.c.Q. accordent de plus une hypothèque légale sur les biens meubles et immeubles pour « les créances de l'État pour les sommes dues en vertu des lois fiscales (...) spécialement prévues dans les lois particulières », sous réserve d'une publication au registre approprié et alors, selon le rang de cette publication.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, lors de son entrée en vigueur sous ce titre le 30 novembre 1992, a aménagé une certaine protection aux créances fiscales de la Couronne. En effet, à certaines conditions, les créances de la Couronne qui ont fait l'objet d'une publication à un registre avant la faillite pourront conserver le statut de créances garanties¹⁷.

Il est surtout intéressant de noter qu'on a expressément conservé la validité des sûretés conventionnelles dont la Couronne peut parfois bénéficier :

« 86(1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une

¹⁷ Art. 86 et 87 L.F.I.

province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

(2) [Exceptions] Sont soustraites à l'application du paragraphe (1) :

a) les réclamations garanties par un type de garantie ou de privilège dont toute personne, et non seulement Sa Majesté ou l'organisme, peut se prévaloir au titre de dispositions législatives fédérales ou provinciales n'ayant pas pour seul ou principal objet l'établissement de mécanismes garantissant les réclamations de Sa Majesté ou de l'organisme, ou au titre de toute autre règle de droit;

(...) »

On peut y voir une reconnaissance évidente du raisonnement du Juge Pigeon dans *Re Bourgault*.

Nous croyons qu'à cet égard le législateur fédéral voulait confirmer le droit, et non le modifier, et que cette même règle de la validité des sûretés conventionnelles devrait s'appliquer au locateur.

1.2 Le même sort est-il réservé aux sûretés conventionnelles ?

Les sûretés conventionnelles sont nécessairement régies par le droit provincial : le droit civil au Québec et la common law dans les autres provinces, si on fait abstraction de certaines sûretés qui pourraient être créées ou réglementées par le droit fédéral dans certains domaines particuliers comme le transport aérien ou maritime, etc.

Si la simple mention d'une personne ou d'une créance à l'article 136 LFI a nécessairement pour effet d'anéantir toutes les sûretés conventionnelles qu'elle détient, il aurait fallu que le législateur fédéral utilise les mots « malgré les droits résultant de toute garantie » et non les

mots « sous réserve des droits des créanciers garantis » au paragraphe introductif. L'intention du législateur nous apparaît tout à fait claire : préserver les sûretés conventionnelles.

Son intention toute aussi claire de rendre inopérantes les sûretés légales apparaissait également de l'alinéa 136(1)j LF à l'égard de la Couronne, telle que l'a interprété le Juge Pigeon dans *Re Bourgault*¹⁸.

Pourtant, ce n'est pas le sort réservé au Québec aux sûretés conventionnelles du locateur en cas de faillite du locataire.

1.2.1 Les sûretés conventionnelles du locateur

Au Québec, dans l'affaire *Ocean Drive*¹⁹, la Cour d'appel a décidé que le même sort est réservé aux sûretés conventionnelles qu'aux sûretés légales, en établissant le principe que le locateur d'immeubles commerciaux est privé du droit d'obtenir des sûretés conventionnelles sur l'actif du locataire qui demeurerait valides en cas de faillite de ce dernier.

D'emblée, il faut admettre que la solution retenue par la Cour d'appel a grandement facilité la pratique des syndics de faillite, en particulier dans le cadre de la liquidation de chaînes de magasins de détails opérant dans les grandes galeries commerciales. Dans ce cas, il ne sera pas inhabituel qu'une recherche sommaire au Registre des droits personnels et réels mobiliers révèle l'existence d'une foule de droits publiés contre le nom de la compagnie faillie : baux mobiliers, contrats de vente avec réserve de propriété, crédit-baux, hypothèques

¹⁸ Précité, Note 16.

¹⁹ *Restaurant Ocean Drive Inc. : Canpro Investments Inc. c. Sam Levy & Associés Inc.* AZ-98011053 (C.A. Qué.), ci-après « *Ocean Drive* ».

conventionnelles en faveur des prêteurs institutionnels et hypothèques conventionnelles en faveur de locateurs commerciaux. Au Québec, se fondant sur *Ocean Drive* qui rend caduques ces dernières hypothèques, les syndics ont développé la pratique d'ignorer impunément et sans réserves toutes les charges apparaissant au nom d'*Ivanhoé, Cambridge, Oxford, SITQ* et les autres « Galeries », ces noms étant associés à la catégorie de créanciers de seconde classe que sont les locateurs commerciaux.

La réalisation des actifs se trouvant dans les lieux sous bail se fera sans consultation, sans consentement, sans mainlevée et sans objection quelconque de la part de ces locateurs. En effet, à moins de vouloir porter sa cause devant un autre banc de la Cour d'appel ou devant la Cour suprême du Canada, le locateur québécois est sans recours. Dans les autres provinces, les syndics doivent composer avec les sûretés conventionnelles des locateurs publiées en vertu du « P.P.S.A »²⁰. Cependant, ces sûretés sont rarement de premier rang et le locateur peut rarement en profiter, si une banque a une réclamation à faire valoir.

Bien que la solution retenue par la Cour d'appel facilite grandement la vie des syndics, des compagnies débitrices et des institutions financières, nous croyons que la position opposée aurait été plus conforme à l'esprit de la LFI à l'égard des droits des locateurs.

²⁰ Personal Property Security Act.

L'arrêt *Ocean Drive* écarte l'ensemble des arguments que nous proposons, sans toutefois mentionner les citations que nous relevons dans la partie précédente. En matière d'insolvabilité et de droit constitutionnel, les décisions contradictoires et les dissidences très fortes sont fréquentes, même en Cour suprême du Canada. Malgré une décision unanime de la Cour d'appel, on peut donc considérer que la question demeure ouverte, même si l'embrasure est fort mince puisque nos tribunaux suivent cette décision²¹.

Le Juge en Chef Robert, rendant jugement pour la Cour d'appel dans *Ocean Drive*, devait répondre à la question suivante :

« (...) le locateur, détenteur d'une hypothèque mobilière pour garantir les obligations découlant du bail (selon les nouvelles dispositions du *Code civil*), est-il un « **créancier garanti** » au sens des articles 2 et 136(1) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI) et peut-il ainsi se soustraire à l'ordre de collocation prévu à l'article 136(1)f LFI. »

Il importe de préciser que l'hypothèque était contenue dans une clause du bail et non un acte distinct.

²¹ Dans *Banque Laurentienne du Canada c. Caron, Bélanger, Ernst & Young Inc.*, AZ-50123943 (C.A. Qué.), le Juge Dalphond applique l'arrêt *Ocean Drive* à l'égard de l'ancienne priorité du *Code civil* pour taxes municipales prioritaires, mais à l'époque, non-garanties au sens de la LFI ;

Dans *Fecteau et Binette c. 156086 Canada Ltée*, AZ-50212095, (C.A. Qué.), le Juge Dalphond, à nouveau, condamne les cautions du locateur qui n'avaient pu bénéficier de son hypothèque conventionnelle contre les biens du locataire failli. Le locateur n'était plus créancier hypothécaire, selon la Cour, en raison de la faillite ;

Dans *Ernst & Young Inc. c. London Life Insurance Company*, [2005] R.D.Q. 3010, J. J.F. Buffoni (C.S. Qué.), le juge se considère obligé de suivre l'enseignement de la Cour d'appel et invalide l'hypothèque immobilière conventionnelle et collatérale que détenait un locateur sur un tout autre immeuble ;

Dans *Banque de Développement du Canada c. Lemieux, Nolet Inc.*, [2005] J.Q. 76397, J. Claude Bouchard, (C.S. Qué.), la règle est appliquée à la priorité des frais de justice réclamée par le courtier en immeubles mandaté par la personne désignée avant la faillite.

La Cour reconnaît que l'arrêt *Gingras*, tout comme le « quintet » d'arrêts sur les droits de Couronne²² portaient uniquement sur des sûretés légales.

En fait, tout le débat porte sur l'interprétation de la création d'une sûreté. Selon la Cour, le *Code civil* crée une sûreté en faveur du locateur et il y a donc conflit entre le C.c.Q. et la LFI si la créance protégée en est une pour loyers d'immeubles. Selon notre interprétation, le *Code civil* ne crée pas cette sûreté, qui découle uniquement de l'acte d'hypothèque en faveur du locateur. Il n'y a donc aucun conflit de lois qui justifierait de rendre l'une d'elles inopérante. Le Juge Robert conclut :

« Bien qu'à priori l'objectif du législateur soit louable, on constate, à la lumière du présent litige, qu'il a l'effet pervers de restreindre pour ne pas dire d'annihiler sans raison apparente les droits du locateur créancier hypothécaire, ce qui n'est pas le cas pour tous les autres créanciers hypothécaires du locataire qui conservent leur statut de créanciers garantis leur permettant d'être payés avant les créances expressément visées par l'article 136(1) LFI. Tel est cependant l'effet de la loi. »²³

Un des aspects les plus intéressants du raisonnement du Juge en Chef Robert dans *Ocean Drive* est l'appui qu'il trouve dans les commentaires du Juge Lamer dans *B.F.D. c. C.S.S.T.*²⁴, qui écrivait :

« Dès la survenance de la faillite, la Loi sur la faillite reçoit application ; la seule mention d'un créancier à l'art. 107 de la Loi suffit pour que celui-ci soit colloqué à titre de créancier privilégié et au rang prévu à cette

²² *Husky Oil Operations Ltd c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Bélair Ltd.* [1989] 2 R.C.S. 24; *Banque Fédérale de développement c. C.S.S.T.*, [1988] 1 R.C.S. 1061, *Deloitte Haskins & Sells c. Workers' Comp. Board*, [1985] 1 R.C.S. 785 ; *Sous-ministre du revenu c. Rainville*, [1981] 1 R.C.S. 35.

²³ Précité note 19, en page 18.

²⁴ Précité Note 22 aux pages 1071 et 1072.

disposition. Comme les lois provinciales ne peuvent porter atteinte aux priorités créées par la loi fédérale, l'ordre de collocation bénéficie donc, en cas de faillite, d'une certaine uniformité d'une province à l'autre. »

Ces commentaires sont repris par le Juge Gonthier dans *Husky Oil Operations*²⁵ :

« Le droit provincial ne définit pas ni ne peut définir sans restriction le contenu des priorités ou des catégories en matière de faillite. En fait, l'ordre de priorité établi dans la Loi sur la faillite elle-même constitue une restriction cruciale. Ainsi, bien que chaque province puisse définir et colloquer à ses propres fins des catégories comme celles des « créanciers garantis » et des « fiducies », les lois provinciales qui entrent en conflit avec les dispositions de la Loi sur la faillite sont tout simplement inapplicables en matière de faillite. En fait, c'est la conclusion à laquelle notre Cour est clairement arrivée quant aux « Créanciers garantis » dans les arrêts *Re Bourgault, Deloitte Haskins et BFD*, et quant aux « Fiducies » dans l'arrêt *Henfrey Samson*. »

Ces propos en apparence péremptoires doivent être lus dans le contexte des droits créés, qualifiés et définis par une loi provinciale en faveur d'un créancier mentionné à l'ordre de priorité de faillite.

Mais si nous revenons aux faits de cette fameuse affaire de *B.F.D. c. C.S.S.T.*, qui a mis fin à une longue controverse en faveur de l'application de l'ordre de priorité de faillite à la réalisation des sûretés sur un bien de la faillite, même lorsqu'elle est faite par un créancier garanti, nous constatons qu'il s'agit d'un litige entre un créancier détenant une hypothèque conventionnelle et une commission chargée de l'application d'une loi sur les accidents du travail et qui bénéficiait d'un privilège légal sur un immeuble, ayant priorité sur l'hypothèque dans l'ordre de collocation de droit civil.

²⁵ Précité Note 22.

Puisque la créance de la C.S.S.T. était mentionnée à l'article 107 L.F., ensuite 136(1) LFI ou maintenant 86 LFI, l'ordre de priorité de faillite a anéanti les effets du privilège légal civil, au bénéfice du créancier hypothécaire qui a ainsi, par l'effet de la faillite, amélioré son rang, ce à quoi la Cour donne son aval.

Or, ce créancier était la Banque Fédérale de Développement (Federal Business Development Bank), maintenant connue comme la Banque de Développement du Canada (Business Development Bank of Canada), un agent de la Couronne fédérale.

La BFD a revendiqué des tribunaux, et obtenu, à l'époque, le statut de créancier prioritaire en vertu de l'alinéa 107(1)j L.F.²⁶, car elle est clairement un agent de la Couronne, tant en vertu de sa loi constitutive que des principes généraux du droit applicable au test de contrôle. La Couronne et ses agents sont traités exactement de la même façon par la LFI, aujourd'hui comme à l'époque de l'arrêt *B.F.D. c. C.S.S.T.*

Donc, même si la loi constitutive de BFD l'autorisait à détenir des sûretés conventionnelles comme toute autre personne, l'application de la logique implacable d'*Ocean Drive* aurait voulu que l'hypothèque conventionnelle de BFD soit inopérante ! La BFD était la Couronne et la Couronne était, à l'époque, mentionnée à 107 L.F.

En effet, cette hypothèque était fondée sur le C.c.B.-C.

²⁶ *Goodwyn, Re*, 1983 CarswellOnt. 209, 48 C.B.R. (N.S.) 14, Reg. Ferron, (Ont. S.C.) et *Forte, Re*, 1984 CarswellOnt. 126, 50 C.B.R. (N.S.) 135, (Ont. S.C.).

Heureusement, ou malheureusement, la prétendue « nullité » ou « inapplicabilité » des sûretés conventionnelles des nombreux agents de la Couronne impliqués dans le financement et le développement économique ne devrait pas revenir devant les tribunaux.

En effet, depuis le 30 novembre 1992, ces agents ne sont plus mentionnés au paragraphe 136(1) LFI et l'alinéa 86(2)a) LFI protège leurs sûretés conventionnelles.

Les articles 86 et 87 LFI ne sont pas plus contraignants que notre interprétation du traitement des sûretés conventionnelles des créanciers mentionnés à l'article 136 LFI, mais ils sont moins contraignants que le traitement qui leur aurait autrement été réservé selon *Ocean Drive*. Les articles 86 et 87 LFI sont toutefois plus contraignants que l'article 136 LFI à l'égard de certaines sûretés légales non publiées. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en arrive le Juge Farley dans *Resource Plastics Inc. (Trustee of) v. W. Plickett & Bros. Customs Brokers Inc.*²⁷ lorsqu'il refuse à un subrogé dans un droit de rétention de la Couronne (douanes), non-publié au P.P.S.A, le statut de créancier garanti de l'aliéna 86(2) b LFI.

Dans les provinces de common law, la situation semble différente même si on mentionne parfois la décision *Lacombe Nurseries Ltd., Re*²⁸ à l'appui de l'invalidité des sûretés conventionnelles du locateur d'immeuble.

²⁷ *Resource Plastics Inc. (Trustee of) v. W. Plickett & Bros. Customs Brokers Inc.*, (1995) 36 C.B.R. (3d) 231 (Ont. S.C.)

²⁸ *Lacombe Nurseries Ltd, Re*, (1991) 8 C.B.R. (3d) 87, Al. Q.B.

Cependant, cette affaire ne concernait qu'une disposition très particulière du « mortgage » sur l'immeuble qui prévoyait que le débiteur serait réputé être le locataire du créancier après défaut. Le détenteur du « mortgage » tentait de faire valoir ses droits de « locateur » au « distress » contre les meubles (non grevés par le « mortgage ») se trouvant sur l'immeuble grevé, à l'encontre d'un autre créancier garanti de premier rang sur ces meubles. Avant la vente en justice des meubles, le locataire a fait faillite. Le « locateur » invoquait donc seulement son privilège légal, à l'égard des meubles, ce qui a été refusé par la Cour, vu la faillite. Il est à noter que la validité du « mortgage » sur l'immeuble ne semble pas avoir été contestée, malgré le statut diminué du créancier à titre de « locateur ».

On cite aussi la décision *Peat Marwick Thorne Inc. v. Natco Trading Corp.*²⁹. Cependant, cette décision s'appliquait à une créance de dommages postérieurs à la faillite. Comme le bail était répudié, la sûreté n'avait plus d'objet puisque cette créance était éteinte selon la doctrine *Cummer-Yonge*³⁰ appliquée à l'époque³¹. À contrario, la sûreté aurait donc été valide pour les arrérages de loyer.

²⁹ *Peat Marwick Thorne Inc. v. Natco Trading Corp* (1995), 31 C.B.R. (3d) 119 (Ont. S.C.).

³⁰ Voir note 38.

³¹ Voir note 39.

1.2.2 Les sûretés conventionnelles des autres personnes mentionnées à l'article 136 LFI

En principe, sur la base d'*Ocean Drive*, il faudrait conclure que toutes les personnes et toutes les créances mentionnées à l'article 136 LFI seront l'objet de la même réserve, c'est-à-dire qu'elles ne pourront pas bénéficier de sûretés conventionnelles en cas de faillite.

1.3 Les sûretés légales et conventionnelles en vertu de la LACC

La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »)³² ne contient pas d'ordre de priorité obligatoire, contrairement à la LFI. En conséquence, il ne peut y avoir de conflit entre la LACC et les sûretés légales ou conventionnelles au locateur. Puisqu'il n'y a plus de sûretés légales en faveur du locateur au Québec, il demeure donc pertinent d'obtenir des sûretés conventionnelles de locataires qui sont susceptibles de se prévaloir des dispositions de la LACC³³.

La jurisprudence avait d'ailleurs reconnu le statut de créancier garanti au sens de la LACC à un locateur ne détenant que l'ancien privilège du C.c.B.-C.³⁴. Une hypothèque conventionnelle ne saurait donc poser aucune difficulté et permettra de classer le locateur dans la catégorie des créanciers garantis aux termes de l'arrangement proposé.

Cependant, le statut de créancier garanti du locateur aura souvent un impact limité en matière de LACC, compte tenu des ordonnances de sursis de procédures qui sont émises, du rang des hypothèques, des frais, des délais, de la valeur des biens qui seront toujours sur les lieux lors

³² L.C. c. C-36, telle qu'amendée.

³³ Entre autres conditions, le seuil d'endettement est fixé à un minimum de 5 000 000,00\$ par le paragraphe 3(1) LACC.

³⁴ *Les Entreprises Jean Mercier Ltée c. Place Bonaventure Inc.*, [1992] R.J.Q. 1361 (C.S. Qué.).

d'un défaut et de beaucoup d'autres facteurs. En général, les locateurs seront regroupés dans une catégorie et les compagnies débitrices n'auront pas toujours intérêt à tenter de nier les droits des locateurs qui découleraient des sûretés conventionnelles, des ordonnances de sauvegarde ou des dépôts de garantie sauf lorsqu'elles abandonnent les lieux loués.

1.4 Les garanties qui ne portent pas sur les biens du locataire

Une étude du statut de « créancier garanti » du locateur d'immeubles serait bien incomplète si on la limitait à la stricte définition de ce terme dans la LFI plutôt qu'au sens général que lui donnent les gens d'affaires.

En effet, le « créancier garanti » de la LFI doit nécessairement avoir un recours contre les biens du débiteur, ou détenir un effet de commerce dont un tiers est principalement responsable envers lui et dont le débiteur est également responsable. Par contre, un locateur se considérera en pratique, normalement à juste titre, comme pleinement garanti s'il détient un droit contre un tiers, comme par exemple un cautionnement personnel, un cautionnement réel, un paiement fait à l'avance ou encore une lettre de garantie bancaire.

1.4.1 Le cautionnement et la cession de créances

Très souvent, les cautions ou l'émetteur d'une lettre de garantie auront le droit d'être indemnisés par le locataire en cas de défaut, et ils pourraient même détenir des sûretés conventionnelles pour garantir le paiement de l'indemnisation recherchée. C'est le cas de l'institution financière qui émettrait une lettre de garantie en faveur du locateur et qui pourrait ajouter la somme payée à sa créance garantie par hypothèque.

La cession de la créance du locateur ou une subrogation privera le cessionnaire ou le subrogé du droit d'invoquer la sûreté conventionnelle du locateur cédant ou du locateur subrogeant contre les biens du failli³⁵. La réponse sera-t-elle la même si le cessionnaire ou le subrogé détient sa propre sûreté sur les biens du cédé?

Par exemple aussi, un administrateur pourrait vouloir se faire indemniser pour les salaires qu'il aurait à payer pour la compagnie faillie en vertu de son obligation légale envers les employés et sécuriser son obligation par une hypothèque. Étant subrogé dans les droits d'un salarié visé par l'alinéa 136(1)d) LFI et dont les droits sont restreints par l'ordre de priorité de faillite, cet administrateur verra-t-il sa sûreté devenir inopérante ?

Dans les deux cas, l'arrêt *Ocean Drive* appelle une réponse affirmative.

En principe, la LFI prévoit spécifiquement qu'un tiers ne peut pas bénéficier des avantages de la libération d'une dette en faveur du débiteur, de sorte que le créancier pourra conserver son entier recours contre ce tiers.

Le paragraphe 178(2) LFI stipule :

« 178(2) [**Réclamations libérées**] Une ordonnance de libération libère le failli de toutes autres réclamations prouvables en matière de faillite. »

L'article 179 LFI stipule :

« 179. [**Un associé n'est pas libéré**] Une ordonnance de libération ne libère pas une personne qui, au moment de la faillite, était un associé du

³⁵ À noter que la Couronne bénéficiait tout de même de sa priorité de faillite avant 1992 lorsqu'elle était légalement subrogée dans une réclamation ordinaire : *Hansen, Re*, 1973 CarswellAlta 5, C.B.R. (n.s.) 287 (Alta. S.C.) et *Beal, Re*, 1981 CarswellNS 49, 39 C.B.R. (n.s.) 90 (N.S. S.C.).

failli ou cofiduciaire avec le failli, ou était conjointement liée ou avait passé un contrat en commun avec lui, ou une personne qui était caution ou semblait être une caution pour lui. »

Le paragraphe 62(3) LFI stipule, en matière de proposition :

« Art. 62(3) [**Certaines personnes non libérées**] L'acceptation d'une proposition par un créancier ne libère aucune personne qui ne le serait pas aux termes de la présente loi par la libération du débiteur. »

Donc, la non-libération des cautions conventionnelles est acquise aux termes de ces dispositions, tant en matière de proposition que de faillite. Cependant, si la créance de la caution découle du bail, la caution ne devrait pas avoir plus de droits que le locateur à l'encontre de l'actif, qu'il y ait eu cession de créance ou subrogation légale ou conventionnelle.

La nature de la créance du banquier qui paie le bénéficiaire d'une lettre de garantie est cependant une toute autre question. Nous la laisserons ouverte.

1.4.2 La répudiation de bail, le cautionnement et la lettre de garantie bancaire

Les dispositions particulières de la législation des provinces de common law ont entraîné une longue controverse à l'extérieur du Québec à l'égard des cautionnements et des lettres de garantie bancaire détenus par les locateurs, dans le contexte particulier de la répudiation du bail par le syndic de faillite.

En effet, les *Landlords and Tenants Act*³⁶ de ces provinces contiennent une notion inconnue du droit civil, applicable en cas de faillite seulement, et qui permet au syndic de répudier

³⁶ Voir Martin DESROSIERS, Les Baux Commerciaux dans un contexte d'insolvabilité : Droits et Obligations des parties. L'Institut Canadien, Montréal, le 23 septembre 2003, citant les lois de plusieurs provinces.

(« to disclaim ») un bail immobilier autrement valide, et limite en conséquence les droits du locateur.

Cette répudiation ne peut s'analyser comme une simple résiliation, car, bien qu'elle mette fin au contrat de bail quant au futur, elle ne correspond pas à une inexécution fautive qui entraînerait le paiement des dommages réels. Il s'agit d'un droit du syndic.

Ce n'est pas non plus une annulation qui, en droit civil, retire tous ses effets au consentement initial donné au contrat et emporte une obligation de remettre les parties en état.

Il faut voir dans la répudiation de bail des provinces de common law une sorte d'annulation, quant au futur seulement, assortie d'une stipulation législative provinciale limitant la réclamation du locateur en cas de faillite.

Un fort courant jurisprudentiel a considéré que si le bail est répudié et que ni le syndic de faillite, ni le locataire-failli n'ont en conséquence d'obligations quant au futur, les accessoires visant à garantir l'exécution du bail, comme les cautionnements et les lettres de garantie bancaire devraient également cesser d'avoir des effets.

Dans le cas des cautionnements, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'ils demeuraient valides et exécutoires lorsqu'ils sont correctement rédigés, malgré la répudiation du bail par le syndic de faillite du locataire³⁷. La Cour a écarté la doctrine *Cummer-Yonge*³⁸ qui faisait suivre à l'accessoire, le cautionnement, le même sort que le bail répudié.

³⁷ *Crystalline Investments Ltd. v Domgroup Ltd.* (2004), 46 C.B.R. (4th) 35, 2004 CarswellONT 219, 2004 SCC3.

³⁸ *Cummer-Yonge Investment Ltd. c. Fagot*, 8 C.B.R. (n.s.) 62.

Dans le cas des lettres de crédit, la question est controversée et le résultat pourrait dépendre de leur rédaction et de la nature des montants réclamés³⁹.

1.4.3 La lettre de garantie bancaire et le paiement préférentiel

Dans certaines transactions commerciales, le créancier exige de recevoir son paiement en vertu d'une lettre de crédit émise par l'institution financière du débiteur, laquelle fait directement le paiement au créancier. La lettre de crédit est alors utilisée comme un instrument de paiement et non comme un simple instrument de garantie. Cette manière de procéder évite au créancier de recevoir un paiement du débiteur, lequel pourrait être annulé à titre de préférence en cas de faillite dans les trois mois subséquents. Cette méthode se prête mal au bail commercial car elle est trop lourde à administrer pour des versements mensuels. La lettre de crédit bancaire peut cependant être un excellent mécanisme de garantie. Il demeure non seulement plus facile mais aussi préférable pour le locateur de tirer sur une lettre de garantie bancaire plutôt que de recevoir paiement de son locataire en défaut.

Un bel exemple des invraisemblables embûches auxquelles les locateurs sont confrontés se trouve dans l'affaire *V.I.P. Switch Inc.*⁴⁰, confirmée en appel⁴¹.

Dans cette affaire, le locateur est à nouveau contraint de réclamer judiciairement le loyer d'occupation au syndic de faillite récalcitrant, qui réplique par une demande d'annulation d'un paiement préférentiel allégué, reçu par le locateur peu de temps avant la faillite.

³⁹ Voir *366604 Alberta Ltd. (Trustee of) v. Pensionfund Properties Ltd.* (1996) 39 C.B.R. (3d) 134, A.Q.B. et *885676 Ontario Ltd. (Trustee of) v. Frasmét Holdings Ltd.* (1993), 17 C.B.R. (3d) 64.

⁴⁰ *V.I.P. Switch Inc., Les Immeubles Wilfrid Poulin Ltée c. Samson Bélair/Deloitte & Touche Inc.*, 505-11-004806-019, le 6 février 2004, Juge Lise Matteau, (C.S. Qué.).

⁴¹ *Les Immeubles Wilfrid Poulin Ltée c. Samson Bélair/Deloitte & Touche Inc.*, 500-09-014225-049.

Le locateur détenait une lettre de garantie bancaire irrévocable, émise par le banquier du locataire. Le banquier détenait une hypothèque avec dépossession sur un certificat de dépôt au même montant. Un arrangement financier assez habituel dans le domaine.

La demande du locateur à la banque devait stipuler que le locataire « est en défaut de payer votre créance » et la lettre de garantie comportait une date d'expiration.

Près d'un an plus tard et 10 jours avant l'expiration de la lettre de garantie, le locataire dépose un avis d'intention alors qu'il ne doit presque rien au locateur.

Trois jours avant l'expiration de la lettre, le locateur présente une demande de paiement à la banque, sans mentionner le défaut de paiement de sa créance.

Le locataire demande et obtient une injonction contre le locateur et la banque pour les empêcher respectivement de tirer et d'honorer la lettre de garantie, qui expire alors sans être remplacée ou renouvelée.

Plusieurs mois plus tard et toujours pendant l'avis d'intention, le locateur accepte de recevoir du locataire la moitié du montant de la lettre de garantie et la banque est donc autorisée à remettre le certificat de dépôt au locataire, qui conserve l'autre moitié. Le locataire fait faillite dans les jours qui suivent. Le paiement fait par le débiteur insolvable pendant l'avis d'intention emporte une présomption qu'il a été fait avec l'intention de préférer et est annulé par la Cour. Le locateur doit donc rembourser le montant reçu, moins le loyer d'occupation. Cette situation aurait été évitée si le tirage de la lettre avait pu être fait autrement⁴², ou si la

⁴² Par exemple, si le non-renouvellement de la lettre de crédit au moins 30 jours avant son expiration avait constitué un défaut entraînant l'exigibilité du montant de la lettre, ou si le locateur avait été en mesure de

banque avait été partie au règlement et avait fait le paiement au locateur en vertu du tirage initial dans le cadre d'une transaction tripartite.

Devant la Cour d'appel, le locateur échoue sur tous les points. La Cour confirme que, dans le cadre du règlement hors de Cour, le paiement a été fait au locateur par la débitrice et qu'il n'y a eu qu'une simple indication de paiement donnée à la Banque. Le caractère préférentiel du paiement est confirmé par la preuve.

Cependant, la Cour ne se prononce pas clairement sur le sort qui aurait été réservé au litige entre le locateur et la banque s'il n'y avait pas eu règlement. La rédaction du bail et de la lettre et les paragraphes 65.1 (1) et (2) L.F.I. semblent cependant un obstacle insurmontable pour le locateur.

Il en aurait cependant été autrement si la lettre de crédit et le bail avaient favorisé le locateur. C'est d'ailleurs ce que la Cour d'appel a confirmé dans l'affaire *Shanshal c. Fiducie Familiale Di Lillo*⁴³ en permettant à un locateur d'obtenir le bénéfice complet de la lettre de crédit qu'il détenait.

Dans cette affaire, la locataire-faillie Canadian Fidelity Mills Ltée avait obtenu que des banques puissent en faveur du locateur émettre et renouveler annuellement trois lettres de crédit totalisant la somme de 800 000,00\$. Les appelants avaient convenu d'indemniser la banque émettrice. Suite à la faillite, le syndic occupait le local afin de réaliser les biens

déclarer sa créance exigible malgré les paragraphes 65.1 (1) et (2) L.F.I. qui limitent les effets d'une clause de déchéance de terme contenue au bail.

⁴³ *Shanshal c. Fiducie Familiale Di Lillo* 2006 QCCA 1446.

grevés en faveur des créanciers garantis, mais ne payait pas le loyer d'occupation. Le locateur a donc encaissé les trois lettres de crédit.

Les banques ont été indemnisées par les appelants qui poursuivent donc le syndic et les créanciers garantis pour loyer d'occupation, et poursuivent le locateur au motif que le tirage n'a pas été fait régulièrement ou pour des sommes exigibles.

Le recours est rejeté contre toutes les parties sur requête en irrecevabilité, puisque le seul lien de droit des demandeurs est avec les banquiers⁴⁴ et qu'en vertu de l'autonomie des crédits documentaires, ces dernières n'obtiennent aucune subrogation en payant la dette sous-jacente.

La Cour d'appel retient cette disposition du bail, sur laquelle le tirage des lettres était fondé.

“[...] in the event of the Tenant's bankruptcy, the Landlord may, at its option and without notice to the Tenant, (and in addition to any of Landlord's other rights hereunder), require payment of the amount stated on the face of the Letter of Credit and may apply such amount in whole or in part or so much of it as, in the Landlord's sole discretion and opinion, [...] liquidated damages due to the Landlord under the terms hereof, [...]”
(soulignage ajouté)

Par ailleurs, il semble que le fait que des sommes soient conservées en fidéicommis pendant un certain temps avant leur versement au créancier directement par le fiduciaire ne sera d'aucun secours à un locateur. Ainsi, la Cour supérieure a jugé que le paiement effectué par un notaire à même son compte en fidéicommis dans les trois mois de la faillite du débiteur était préférentiel et annulable, bien que les sommes lui aient été versées plusieurs mois plus

⁴⁴ J. François Rolland, 500-05-071729-022, 3 juillet 2002.

tôt⁴⁵ et alors que le débiteur n'était possiblement pas insolvable ni sujet à une présomption relative à son intention de préférer. Cette décision aura un impact à l'égard des ordonnances de sauvegarde.

2. LES ORDONNANCES DE SAUVEGARDE

En matière de procédure civile, on connaît évidemment le jugement final au fond qui a habituellement deux objets à l'égard du locateur commercial. Premièrement, une déclaration judiciaire mettant fin au bail quant au futur. Il s'agit habituellement d'une déclaration à l'effet que le bail est résilié à compter du jugement. Parfois, lorsque les dispositions contractuelles du bail prévoient une résiliation automatique, le tribunal pourra déclarer le bail résilié à compter de la date de prise d'effet de l'avis, constatant que l'occupation subséquente par le locataire était faite sans droit. La seconde conclusion sera habituellement une condamnation à payer une somme d'argent représentant les montants dus en vertu du bail lors de l'institution de l'action ou qui deviendront dus entre l'institution de l'action et le jugement, ainsi qu'un montant correspondant aux dommages subis par le locateur comme conséquence de la résiliation du bail suite au défaut du locataire. Ces dommages pourront être liquidés à l'avance en vertu d'une clause pénale dans le bail ou être prévus comme étant du loyer payable par anticipation, ou être les dommages réels ou prévisibles jusqu'à la conclusion d'un nouveau bail avec un tiers pour les mêmes locaux.

L'autre moyen d'assurer le respect des obligations contractuelles du bail est d'obtenir une ordonnance du tribunal forçant l'exécution en nature. C'est l'injonction. L'injonction sera

⁴⁵ *Bisson (Syndic de)*, J.E. 2005-1624, AZ50327643, J. Martin Bureau, (C.S. Qué).

donc appropriée pour empêcher un locataire d'exercer un commerce autre que celui stipulé au bail, de fermer son commerce pendant les heures obligatoires d'ouverture dans une galerie commerciale, d'afficher en contravention avec le bail, etc. L'injonction pourra être permanente lorsqu'elle est prononcée au mérite, interlocutoire lorsqu'elle est émise pendant l'instance jusqu'au jugement final ou provisoire lorsqu'elle est émise d'urgence.

2.1 Les ordonnances de sauvegarde en général

En raison de l'encombrement des tribunaux, une pratique s'est développée en matière civile et familiale visant l'émission d'ordonnances de sauvegarde, comme c'est le cas en matière d'injonction en vertu de l'article 754.2 C.p.c.⁴⁶ Les critères d'émission de l'ordonnance de sauvegarde sont donc plus souples que ceux de l'ordonnance d'injonction provisoire et visent simplement à préserver les droits des parties.

« Art. 754.2 Lors de la présentation de la demande d'injonction interlocutoire, le tribunal, si le dossier est complet, entend les parties.

En plus de la preuve par affidavit, toute partie peut, si elle le désire, présenter une preuve orale.

Si, lors de la présentation de la demande d'injonction interlocutoire, le dossier est incomplet, le tribunal fixe la date de l'enquête et de l'audition et rend toutes les ordonnances nécessaires à la sauvegarde des droits des parties pour le temps et aux conditions qu'il détermine. » (notre soulignement)

⁴⁶ *Code de procédure civile.*

Ce pouvoir d'émettre des ordonnances de sauvegarde à l'extérieur du recours en injonction découle de l'article 46 C.p.c. qui établit un pouvoir général du tribunal :

« CHAPITRE III

DES POUVOIRS DES TRIBUNAUX ET DES JUGES

« SECTION I

POUVOIRS GÉNÉRAUX

46. Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence.

Ils peuvent, en tout temps et en toutes matières, tant en première instance qu'en appel, prononcer des ordonnances de sauvegarde des droits des parties, pour le temps et aux conditions qu'ils déterminent. De plus, ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique.»⁴⁷

Il n'y a toutefois pas de droit à l'injonction en matière de recouvrement de créance. Une obligation de payer n'est donc pas comme une obligation de faire ou de ne pas faire car le débiteur n'a pas toujours la capacité financière de s'exécuter.

2.2 Les ordonnances de sauvegarde en matière de location d'immeubles

En raison d'un abus de procédures par des locataires qui profitaient des délais résultant de leur contestation pour occuper, sans paiement, un local commercial pendant des périodes plus ou moins prolongées, et afin de réprimer les défenses frivoles et dilatoires en présence d'un écrit précis, les tribunaux émettent maintenant couramment des ordonnances de sauvegarde

⁴⁷ 1965 (1 re sess.), c. 80, a. 46; 1992, c. 57, a. 422; 2002, c. 7, a. 7.

visant le paiement ou la conservation du loyer pendant le litige. Cette procédure est quand même exceptionnelle puisque l'ordonnance de sauvegarde est essentiellement une injonction, soit un ordre du tribunal. Or, la jurisprudence est claire et l'injonction n'est pas un remède approprié lorsqu'il est question de condamner une personne au paiement d'une somme d'argent⁴⁸. En effet, la sanction du non-respect d'une injonction est l'outrage au tribunal⁴⁹. L'outrage au tribunal pouvant entraîner l'emprisonnement, le non-respect de l'ordonnance de sauvegarde aurait donc pour effet de rétablir l'emprisonnement pour dettes depuis longtemps aboli. Une solution qui plairait énormément aux locateurs, surtout lorsque le tribunal va aussi loin que d'ordonner le dépôt ou le paiement des arrérages antérieurs aux procédures.

Il faut donc plutôt voir les ordonnances de sauvegarde non pas comme des injonctions mais bien comme des condamnations automatiques et successives à payer ou à déposer une somme de deniers correspondant au loyer mensuel stipulé pendant l'instance. Le tribunal limite parfois les conséquences d'un défaut à une déclaration empêchant le locataire de faire valoir une défense. Les articles 151.1 et 151.3 C.p.c. stipulent :

« 151.1. Les parties, à l'exception de celles qui sont mises en cause, sont tenues, avant la date indiquée dans l'avis au défendeur pour la présentation de la demande introductive au tribunal, de négocier une entente sur le déroulement de l'instance précisant leurs conventions et établissant le calendrier des échéances à respecter à l'intérieur du délai de rigueur de 180 jours ou d'un an en matière familiale.

La personne mise en cause dans la requête introductive d'instance doit, si elle choisit de participer à la négociation de l'entente établissant le

⁴⁸ *Cité de Trois-Rivières v. Syndicat National Catholique des Employés Municipaux de Trois-Rivières* [1962] B.R. 510 (C.A.Q.) et *Sanimal c. Produits de Viande Levinoff Ltée*, 2005 QCCA 265, J.E. 2005-587 (C.A.Q.)

⁴⁹ Article 761 C.p.c.

calendrier des échéances, en aviser les parties dans les cinq jours de la signification de la requête. À défaut de le faire, elle est présumée ne pas vouloir y participer.

L'entente doit porter, notamment, sur les moyens préliminaires et les mesures de sauvegarde, sur les modalités et le délai de communication des pièces, des déclarations écrites pour valoir témoignage, des affidavits détaillés, sur les conditions des interrogatoires préalables avant production de la défense, entre autres sur leur nombre et leur durée, sur les expertises, sur les incidents connus ou prévisibles, sur la forme orale ou écrite de la défense et, dans ce dernier cas, sur son délai de production, ainsi que sur le délai pour produire une réponse, le cas échéant. L'entente doit être déposée au greffe sans délai, au plus tard à la date fixée pour la présentation de la demande.

2002, c. 7, a. 19; 2004, c. 14, a. 2. ;

151.3. Les parties doivent respecter les échéances qu'elles ont fixées sous peine de la sanction prévue par le code ou, à défaut, du rejet de la demande, de la radiation des allégations concernées ou de forclusion, selon le cas. La partie défaillante peut néanmoins, sur demande, être relevée de son défaut par le juge si celui-ci estime que l'intérêt de la justice le requiert; elle est tenue aux frais causés par son manquement, sauf décision contraire du juge.

2002, c. 7, a. 19. »

Le locateur ne pourra donc avoir recours ni à l'outrage au tribunal, ni même à l'exécution forcée par voie de saisie, puisque c'est le jugement final seulement qui peut octroyer cette condamnation exécutoire. Quant aux sanctions purement procédurales, les juges sont réticents à assortir leurs ordonnances de sanctions automatiques ou qui ne sont pas expressément prévues au C.p.c. Une nouvelle procédure de rejet de défense sera donc requise en cas de défaut de se conformer à l'ordonnance de sauvegarde.

2.3 Les divers types d'ordonnance de sauvegarde

Une analyse détaillée des ordonnances de sauvegarde en matière de location d'immeuble a été présentée lors d'une conférence récente. Nous vous y référons⁵⁰ et nous nous limiterons à étudier le sort réservé à ces ordonnances en cas de faillite et d'arrangement par le locataire et à déterminer si le statut précaire du locateur comme créancier garanti aura une influence sur ses droits.

Il y a lieu de distinguer les ordonnances prévoyant un paiement de celles prévoyant un dépôt.

2.3.1 Ordonnance de paiement du loyer au locateur

Une ordonnance de paiement qui prévoit le paiement du loyer mensuel directement au locateur est certainement préférable à tout autre type d'ordonnance. En effet, si le locataire occupe le local et jouit donc de tous les bénéfices du bail pendant cette période, il serait normal que le locateur jouisse du loyer de manière irrévocable. On évitera alors, en grande partie, la possibilité d'un paiement préférentiel.

2.3.2 Ordonnance de sauvegarde pour le paiement à l'agent du locateur

Une ordonnance de sauvegarde prévoyant le paiement à l'avocat du locateur ou à tout autre agent ou mandataire aura habituellement le même effet que le paiement au locateur. Toutefois, ce ne sera pas le cas si l'ordonnance prévoit non pas un paiement mais bien la

⁵⁰ Dominique GIBBENS, Yves CHASSÉ, et L.B. (Les) ERDLE, Les recours disponibles en matière de baux commerciaux, Quoi de neuf ? Association du Barreau Canadien (Section Droit Immobilier), Montréal, le 16 mars 2005.

conservation des fonds, en théorie jusqu'au jugement final. Dans ce cas, il est plutôt question d'un dépôt en fidéicommiss.

2.3.3 Ordonnance de garder les sommes en fidéicommiss ou de déposer à la Cour

Parfois, l'ordonnance de sauvegarde pourra stipuler que le loyer sera versé : i) soit par dépôt au greffe de la Cour, ii) soit dans un compte en fidéicommiss au nom d'un ou plusieurs des procureurs impliqués au dossier ou même d'un tiers. C'est ce type d'ordonnance qui peut soulever des difficultés.

2.4 Impact de la faillite sur une ordonnance de sauvegarde

2.4.1 Impact sur les procédures

Une ordonnance de sauvegarde, que nous assimilons à une sorte de condamnation monétaire non-exécutoire contre le locataire, deviendra-t-elle caduque lors d'une cession de biens, d'un avis d'intention ou d'une proposition en vertu de la LFI ou du dépôt d'un arrangement en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ? En principe, les effets de l'ordonnance de sauvegarde devraient être suspendus. En effet, dans le cas d'une faillite, le syndic ne sera pas lié par cette ordonnance, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoyant ses obligations à l'égard du locateur pour le loyer d'occupation ainsi que l'ensemble de ses droits à l'occupation des lieux.

Par ailleurs, l'occupation du syndic sera généralement de courte durée et est assortie d'une obligation de payer le loyer d'occupation, souvent considérée comme une obligation

personnelle du syndic⁵¹, à tout le moins pour la période postérieure à la première assemblée des créanciers.

La sanction du non-respect de l'ordonnance, soit la forclusion du droit à la défense ou le rejet de la défense n'aura aucun impact puisque, d'une part, le bail du failli contient presque toujours une clause de résiliation opposable au syndic au Québec⁵² et, d'autre part, un jugement rendu par défaut contre le failli ne liera pas nécessairement le syndic à l'égard du montant admissible de la preuve de réclamation du locateur.

On peut donc dire qu'en cas de faillite du locataire, l'ordonnance de sauvegarde est à toutes fins pratiques caduque. Le locateur devra faire sa réclamation prouvable pour les arrérages de loyer et les dommages et réclamer directement le loyer d'occupation au syndic. L'instance fera l'objet de la suspension automatique des procédures en vertu de l'article 69.3 LFI.

En cas d'avis d'intention de faire une proposition, puisque les réclamations sont fixées à la date de l'ouverture des procédures⁵³, le loyer pendant l'avis d'intention ou la période de proposition ne sera pas une réclamation prouvable⁵⁴. En principe, ce loyer doit être payé puisqu'il s'agit de la fourniture d'un bien à la personne insolvable pour lequel le locateur n'est pas tenu de faire crédit au locataire⁵⁵. La suspension des procédures en vertu des

⁵¹ *Restaurant Ocean Drive Inc. (Syndic de)*, [1998] R.D.I. 379 (C.A. Qué.).

⁵² *91133 Canada Ltée (Syndic de)*, [2003] R.J.Q. 753 (C.A. Qué.).

⁵³ Par. 62 (1.1) et art. 2 L.F.I.

⁵⁴ Art. 121 L.F.I.

⁵⁵ *Forexco Financial Services 2000 Ltd., H. & M. Diamond & Associés Inc. c. Pensionfund Realities Limited*, le 9 février 1996, 500-11-002412-951, J.J. Guibault, (C.S. Qué.).

articles 69 ou 69.1 LFI aura tout de même son effet pour les arrérages puisque l'instance au fond porte sur le bail qui est antérieur à l'ouverture des procédures. Quant au loyer courant, même s'il ne s'agit pas du recouvrement d'une réclamation prouvable, il serait prudent d'obtenir l'autorisation de la Chambre commerciale pour continuer les procédures ou en commencer de nouvelles.

Par ailleurs, les procédures civiles deviennent aussi caduques ou inutiles en cas de proposition : ou bien le locataire fait faillite et les conséquences mentionnées ci-dessus s'appliquent, ou bien la proposition est acceptée et les droits du locateur seront déterminés par la proposition.

2.4.2 Impact sur les dépôts en fidéicommiss ou à la Cour

Comme les ordonnances de sauvegarde visant le paiement directement au locateur auront été exécutées en entier avant la faillite ou l'arrangement, le statut de « créancier garanti » n'aura aucune influence sur les droits du locateur. Si l'ordonnance n'a pas été exécutée, les réclamations du locateur seront préférés dans l'ordre de priorité de faillite ou de proposition et ordinaires pour l'excédent.

Seul le dernier type d'ordonnance de sauvegarde, soit celles visant le dépôt et la conservation des loyers, cause des problèmes particuliers en cas d'insolvabilité. En effet, plusieurs dispositions de la LFI pourront entrer en ligne de compte. Tout d'abord, lorsqu'il est question de saisie, on peut appliquer le paragraphe 70(1) LFI qui prévoit que la faillite aura priorité sur les ordonnances de saisie qui n'ont pas été complétées par le paiement au créancier ou à son agent. Si le dépôt en fidéicommiss est vu comme une forme de saisie avant jugement ou d'exécution d'une ordonnance, les sommes devraient en principe être remises au

syndic de faillite ou, en cas d'avis d'intention, libérées en faveur de la compagnie en réorganisation. Par contre, les sommes sur lesquelles le failli ou son syndic peuvent prétendre avoir des droits ne comprennent pas les biens d'autrui. Si les sommes sont détenues en fidéicommiss en partie pour le bénéfice du locateur, selon le résultat du jugement final à intervenir, elles doivent en principe être remises au locateur lorsque cette éventualité se réalise.

Dans l'affaire *Grant's Printing Ltée (Syndic de)*⁵⁶, il est relaté dans l'énoncé des faits que le syndic à la faillite du locataire et le locateur ont réglé hors de Cour pour se partager également les sommes détenues en fidéicommiss par l'avocat du locateur pour satisfaire l'ordonnance de sauvegarde qui en visait la conservation, et non le paiement au locateur, jusqu'à un jugement éventuel. Même si la décision reconnaît les droits du syndic sur les sommes détenues en fidéicommiss, elle n'est pas directement pertinente puisqu'elle décidait d'un litige subséquent entre le syndic et un actionnaire qui avait cautionné le bail sur la provenance des fonds versés au compte en fidéicommiss de l'avocat.

Cette distinction entre le dépôt à la Cour ou en fidéicommiss comme simple mesure conservatoire par opposition à la qualification comme bien « en fiducie » exclus du patrimoine peut être analysée en prenant l'exemple de l'impact de la faillite sur des offres et consignations faites par un débiteur avant sa faillite dans le cadre d'un litige civil.

En général, les tribunaux vont conclure que les offres conditionnelles ou non-acceptées doivent être retournées au syndic à la faillite de l'offrant. Ainsi, si le locataire refuse de

⁵⁶ *Grant's Printing Ltée (Syndic de)*, AZ-50082667, J.E. 2001-328, C.S.Q., le 29 janvier 2001.

payer le loyer mais que le locateur l'accepterait, on peut croire qu'il existe au moins une condition qui empêche le locateur de bénéficier d'un droit dans les sommes déposées ou qu'il n'y a pas de consentement du locataire à offrir les sommes.

Dans l'affaire *9022-8818 Québec Inc. (Syndic de)*⁵⁷, la Cour supérieure, par le Juge Dalphond, tel qu'il était alors, a ordonné la remise au syndic de faillite d'un entrepreneur d'un montant confié à des avocats à titre d'offre conditionnelle faite à des sous-traitants par cet entrepreneur, offre qui n'avait pas été acceptée à l'ouverture de la faillite.

Dans l'affaire *Quinn c. 9020-7564 Québec Inc.*⁵⁸, on a permis de substituer un dépôt en fidéicommiss entre les mains d'une notaire à une hypothèque légale du domaine de la construction, malgré les risques de faillite subséquente de l'entrepreneur. Se fondant sur l'affaire *Entreprises Bogira Inc. c. Parkland Valdec Inc.*⁵⁹, on a considéré qu'il s'agissait d'une garantie suffisante et on a qualifié un tel dépôt d'équivalent à une hypothèque mobilière avec dépossession au sens des articles 2702 et 2703 C.c.Q. :

« [Art. 2702] L'hypothèque mobilière avec dépossession est constituée par la remise du bien ou du titre au créancier ou, si le bien est déjà entre ses mains, par le maintien de la détention, du consentement du constituant, afin de garantir sa créance.

[Art. 2703] L'hypothèque mobilière avec dépossession est publiée par la détention du bien ou du titre qu'exerce le créancier, et elle ne le demeure que si la détention est continue. »

⁵⁷ *9022-8818 Québec Inc. (Syndic de)*, JE 2000-1575, J. Dalphond, C.S. Qué.

⁵⁸ *Quinn c. 9020-7564 Québec Inc.*, 705-22-006549-057, le 2 novembre 2005, J. Richard Landry (C. Qué.).

⁵⁹ *Entreprises Bogira Inc. c. Parkland Valdec Inc.*, [1995] R.D.I. 528 (C.S.) et [1996] R.D.J. 35 (C.A. Qué.).

Ainsi, le dépôt en fidéicommiss auprès d'un tiers, qu'il soit l'avocat du locateur ou l'avocat du locataire, ou les deux agissant ensemble, est une garantie en faveur du créancier.

Selon l'enseignement de la Cour d'appel dans *Ocean Drive*, le locateur ne peut être un créancier garanti. On pourrait donc conclure que les sommes détenues en fidéicommiss, qu'elles soient l'objet d'une ordonnance ou d'une garantie, doivent être remises au syndic à la faillite ou à la proposition pour distribution à l'ensemble des créanciers. Vu la suspension des procédures, la chambre civile ne devrait pas rendre jugement final sur l'action et la chambre commerciale déterminera les droits du locateur en fonction de l'ordre de priorité de faillite.

Les approches voulant que le dépôt à la Cour ou en fidéicommiss en vertu d'une ordonnance de sauvegarde soit une forme de procédure ou de saisie, ou une forme de sûreté en faveur du locateur, n'auront donc pas pour effet de permettre au locateur d'obtenir ces sommes après la faillite du locataire.

L'approche qui voudrait considérer ces dépôts comme des offres et consignation est confrontée à l'absence de consentement de l'offrant au paiement des sommes. C'est en fait tout le contraire d'une offre, en apparence. Toutefois, la qualification du dépôt à titre d'offre et consignation permettra au locateur d'invoquer un véritable droit de propriété aux sommes consignées, afin de les exclure des biens du failli et de la saisine du syndic.

En vertu de l'article 1588 C.c.Q., les offres déclarées valides par le tribunal sont équivalentes, à l'égard du débiteur, au paiement fait au créancier à la date de l'offre, si le

débiteur acceptait de payer à ce moment. Le locateur aurait donc intérêt à continuer les procédures pour obtenir cette déclaration.

Dans une situation similaire à celles impliquant normalement un locateur et un locataire, mais mettant en cause un franchiseur et un franchisé, le Juge Halperin a accepté d'appliquer, aux sommes conservées en vertu d'une ordonnance de sauvegarde, les règles de l'offre et consignation.

Dans l'affaire *9010-6816 Québec Inc. (Syndic de)*⁶⁰, le franchiseur Dunkin' Donuts poursuivait un franchisé en résiliation du contrat de franchise et avait obtenu une ordonnance de sauvegarde pour le dépôt des royautés pendant l'instance. Le franchisé contestait en vue d'opposer une défense et une demande reconventionnelle, une situation qui s'applique souvent à un recours contre un locataire. Évidemment, le franchisé déposa un avis d'intention et fit faillite avant de déposer sa contestation. Les sommes étaient détenues par l'avocat du franchiseur. Le juge considère et écarte les articles 67, 70 et 71 LFI et le cas des offres conditionnelles qui doivent être remises au syndic à la faillite de l'offrant. Selon la Cour, c'est l'admission du débiteur à l'effet que les sommes sont dues, sujet seulement à une compensation avec une éventuelle demande reconventionnelle, qui permet de distinguer cette consignation de la jurisprudence classique. Le Juge Halperin de conclure :

“Conclusions that may be drawn from the foregoing resumé are the following:

1. Were it not for the Ordonnance, it is apparent that the Petitioner would have accepted the sums deposited in payment of the royalties due. There

⁶⁰ *9010-6816 Québec Inc. (Syndic de)*, JE-99-862, AZ-99021426, J. I. Halperin (C.S. Qué.).

was no refusal on its part to accept those payments, for after all, what was deposited was at least part of what Plaintiff had sued for;

2. Did the Ordonnance render the deposits into Court anything less than unconditional? We must not lose sight of the fact that the primary, if not only purpose served by the Ordonnance was to permit the Debtor to assert a purported cross-demand against the Petitioner with the ultimate prospect of permitting the Debtor to assert compensation if and when it were to successfully prosecute such cross-demand;

In my respectful opinion, the Ordonnance did nothing more than cause the deposits made to remain in a state of "suspended animation" possessing all of the characteristics of payment effected to the Creditor except only for the possibility of compensation in due course.

3. C.C.Q. 1588 has its application and "payment" is deemed to have been made where there is either "acceptance" by the creditor or a declaration of validity of the tender by the court. The consequence of one or other of those events is that the tender is deemed to be equivalent to payment in *re: L.B.P. Plastic Inc: Bellavance v. Canadian Pittsburg Industries Ltd. et Greffier de la Cour provinciale de Beauce*. In my respectful opinion, there has been acceptance by the Creditor notwithstanding the somewhat suspended state of the funds deposited.

Even if that were not so, payment may be deemed to have been made where, in the words of C.C.Q. 1588 it is "declared valid by the court."

In my respectful opinion, the Creditor is entitled to such a declaration particularly because the Ordonnance imposes no delay upon the Debtor for filing its cross-demand, thus subjecting the Creditor to what may perhaps be described as a purely potestative condition. It could not have been the intention of the Court in rendering the Ordonnance to deprive Petitioner of the funds deposited until the Debtor was good and ready to proceed with its cross-demand, if ever. Technically, a potestative condition carries with it the nullity of the obligation. Should that be so, it is difficult to see how Petitioner may be deprived of payments made in fulfilment of a contractual obligation which, simply because the Debtor has failed to execute an

undertaking upon which the Ordonnance was based, the performance of which is now impossible." [Références omises]

À noter que la décision s'applique aussi aux sommes déposées dans ce dossier en vertu de l'ordonnance de sauvegarde, entre l'avis d'intention et la faillite.

Mais la question sur l'effet d'une faillite sur du loyer détenu en fidéicommiss demeure ouverte. Dans un jugement⁶¹ qui ne portait pas vraiment sur le fond du problème, le juge Chaput a accepté de reconnaître à un sous-locateur des droits sur une somme de 442 735,00\$ détenue en fidéicommiss dans le cadre d'un arbitrage impliquant une demande reconventionnelle du sous-locataire. À cet égard, il suit le raisonnement du juge Halperin dans l'affaire *9010-6816 Québec Inc. (Syndic de)* mentionnée plus tôt.

Mais c'est à titre de créancier gagiste que le juge reconnaît les droits du sous-locateur, donc à titre de créancier garanti. Dans certaines circonstances, il est donc possible qu'un sous-locateur ait plus de droits qu'un locateur en cas de faillite du sous-locataire.

2.5 Impact d'un arrangement sur une ordonnance de sauvegarde

Les ordonnances émises en vertu de la LACC sont beaucoup plus larges et viseront certainement la suspension d'une ordonnance de sauvegarde, même pour le loyer postérieur à l'ordonnance initiale. L'ordonnance de sauvegarde deviendra habituellement caduque, forçant le locateur à s'adresser à la chambre commerciale en cas de défaut de paiement postérieur à l'ordonnance initiale.

⁶¹ *Big Knowledge Enterprise Inc. (Faillite de)* REJB 2006-108626.

En matière d'arrangement, le dépôt en fidéicommiss pourrait être reconnu comme une garantie valide en faveur du locateur puisque l'argument du conflit de lois ne tient plus en l'absence d'un ordre de priorité fédéral obligatoire dans la LACC. Cependant, encore faut-il que ce dépôt ne soit pas considéré comme une forme de saisie ou de procédure qui serait anéantie par l'ordonnance de suspension des procédures.

3. LES DÉPÔTS DE GARANTIE DANS LES BAUX COMMERCIAUX

Nous avons établi dans la première partie de ce texte que le locateur d'un immeuble commercial au Québec ne peut pas détenir une sûreté qui demeurerait valide en cas de faillite ou de proposition du locataire, selon la jurisprudence dominante et ce, sur quelque bien du locataire que ce soit.

Dans la seconde partie, nous avons constaté que les efforts diligents de perception des loyers échus et courants n'auront pas toujours le succès escompté lorsque le locataire fait faillite. Il importe donc d'analyser certaines dispositions d'un bail commercial, à la lumière de l'enseignement de la Cour d'appel, à l'égard de sommes d'argent remises au locateur lors de la signature du bail. Est-ce que le dépôt de garantie est en fait un nantissement ou une hypothèque avec dépossession d'une somme d'argent en garantie des obligations du locataire ? Est-il préférable de stipuler que le montant déposé en garantie est en fait du loyer payé d'avance ? Est-ce que le locateur a un droit à la compensation à la date de la faillite entre le dépôt de garantie et les sommes qui lui sont alors dues ou deviendront dues dans le futur ou avec des dommages réels ou liquidés à l'avance? Le syndic de faillite pourra-t-il refuser de payer le loyer d'occupation à hauteur de ce dépôt?

L'analyse antérieure de ces questions par les tribunaux est clairement remise en question par le nouveau statut de citoyen de seconde classe des locateurs commerciaux au Québec.

Les locateurs trouveront certainement qu'il serait inéquitable qu'ils ne puissent pas conserver les sommes ainsi reçues et encaissées au début du bail. Il semble qu'une rédaction très rigoureuse sera requise pour permettre ce résultat.

3.1 Le dépôt remboursable

Si le bail stipule que le dépôt de garantie sera remboursé au locataire à la fin du bail, plutôt qu'appliqué sur le loyer payable pour les derniers mois du bail, les tribunaux pourraient conclure que nous sommes en présence d'une sûreté. Or, si le locateur ne peut invoquer le bénéfice de la sûreté et qu'il est créancier prioritaire ou ordinaire, mais non garanti, en cas de faillite et de proposition, nous nous retrouvons devant la situation suivante : i) le locataire est endetté envers le locateur pour des arrérages de loyer ou des dommages résultant de la résiliation du bail, ii) le locateur ne bénéficie pas d'une garantie « valide » ou « opposable » sur les sommes en dépôt et iii) le locateur est endetté envers le locataire ou son syndic pour le montant du dépôt. En principe donc, le locateur devrait remettre le dépôt de garantie au syndic de faillite et produire une réclamation, en partie privilégiée et en partie ordinaire. Cependant, à la date de la faillite, il est possible que le droit à la compensation existe et qu'il soit protégé par le paragraphe 97(3) LFI. Nous y reviendrons dans la dernière section de cette partie.

Le bail stipulera parfois que le dépôt sera utilisé en cas de défaut pour acquitter toute obligation future du locataire envers le locateur, au titre du loyer, du loyer additionnel ou de

loyer payable par anticipation en cas de résiliation. Il est alors difficile de ne pas y voir une garantie dans le sens commun de ce terme. Il faudra aussi lire avec réserve les jugements qui ont traité ce dépôt comme un loyer payé d'avance.

La Cour supérieure a d'ailleurs eu l'occasion d'analyser cette question du dépôt remboursable dans l'affaire *Expleo Global Inc.*⁶², avec un résultat qui devrait causer certaines inquiétudes supplémentaires aux locateurs.

Dans cette affaire, le locateur réclamait (encore) le paiement du loyer d'occupation d'un syndic récalcitrant, à l'encontre de quoi le syndic réclamait le remboursement du dépôt de garantie pour un montant beaucoup plus important. Le locateur voulait évidemment appliquer ces sommes en « dépôt » au paiement des arrérages de loyers et non du loyer d'occupation.

La preuve révèle que le dépôt de garantie a été remis en lieu et place d'une lettre de garantie bancaire prévue à l'offre de location, mais qui n'a pu être obtenue, sans cependant que le dépôt ne soit qualifié à titre d'hypothèque avec dépossession, de nantissement ou d'avance au locateur.

La Cour conclue que le dépôt de garantie doit être qualifié d'hypothèque avec dépossession ou de gage au sens de l'article 2665 C.c.Q. La Cour mentionne qu'il s'agit d'une sûreté et que celle-ci n'est possiblement pas aussi bonne que la lettre de garantie bancaire promise à l'origine.

⁶² *Expleo Global Inc. (Syndic de); Les Investissements Boutagy Inc. c. Raymond Chabot Inc.*, 21 mars 2003, 500-11-018505-020, J. Clément Gascon (C.S.Q.).

La Cour analyse le versement comme un gage puisqu'il ne peut s'agir en l'espèce de loyer payé d'avance ou de remboursement anticipé. Il ne peut s'agir d'un simple dépôt au sens des articles 2283, 2286 et 2287 C.c.Q., puisque le locateur utilisait les fonds.

Finalement, la Cour a refusé d'opérer compensation entre les arrérages de loyer et le dépôt puisqu'il s'agit d'un nantissement qui n'a pas été exécuté à la date de la faillite. De plus, la Cour applique *Ocean Drive* pour enlever tout effet à la sûreté du locateur. Puisque le fait qu'une sûreté ne soit pas exécutée à la date de la faillite n'en affecte pas l'opposabilité au syndic, il faut en conclure que le tribunal cherchait par cette affirmation à écarter l'application d'une possible compensation.

Il faut noter que le Juge Gascon dans *Expleo Global Inc.* écarte l'affaire *Ramisch c. 2326-1456 Québec Inc.*⁶³ dans laquelle on a considéré un dépôt remboursable comme un dépôt simple au sens du *Code civil*, ce qui ouvrait la porte à la compensation.

On peut donc en conclure que le dépôt de garantie remboursable ou conservé en garantie générale des obligations du locataire sera inutile en cas de faillite. D'une part, s'il n'est pas exécuté avec préavis d'exercice avant la faillite, il deviendra « inopposable » au syndic à titre de garantie. D'autre part, s'il a été exécuté ou compensé, il y a un risque que le paiement soit attaqué à titre de préférence, même si, lorsqu'il a été fait, le locateur détenait une sûreté valide et exécutoire⁶⁴.

⁶³ *Ramisch c. 2326-1456 Québec Inc.*, AZ-99031008, J.E. 99-61, C.Q. 1998-10-30.

⁶⁴ *Re Perrette Inc.*, REJB-2000-17174 (C.S. Qué.). Dans cette affaire, le tribunal a annulé à titre de paiements préférentiels des versements totalisant 500 000\$ faits par l'entreprise insolvable aux autorités fiscales en paiement de la taxe sur les produits et services et de la taxe de vente du Québec pour la période en cours,

3.2 Le loyer payé d'avance

Il est possible de stipuler entre les parties que le dépôt de garantie ne sera jamais remboursé car il est versé en paiement des derniers mois de loyer prévu au bail.

La notion de loyer payé à l'avance (« Prepaid Rent ») pourrait être particulièrement favorable ou utile au locateur qui cherche à mitiger la perte économique occasionnée par la faillite du locataire.

D'un point de vue strictement comptable, le loyer payé à l'avance, comme toute autre dépense payée par anticipation, est inscrite au bilan comme un actif à court (frais payé d'avance) ou à long terme (frais reporté) du locataire. Cependant, il ne s'agit pas généralement d'une somme à recevoir à moins d'être qualifié de dépôt. Le loyer à venir n'est pas un passif à court ou à long terme, mais plutôt un engagement qui fait l'objet d'une note.

D'un point de vue juridique, le montant payé d'avance devrait certainement être remboursé si le contrat est annulé et qu'il y a lieu de remettre les parties dans l'état où elles étaient avant la signature du contrat et le paiement de l'avance. Cependant, lorsqu'il n'est question que de résiliation, il n'y a lieu que d'éteindre les effets futurs du contrat. C'est lors de cette résiliation qu'il faut décider du traitement de ce paiement fait à l'avance, soit en appliquant les dispositions du bail, soit en appliquant, à défaut de stipulation, les règles générales.

Lors de la résiliation judiciaire ou conventionnelle du bail, l'obligation du locateur de fournir les lieux loués pour les mois payés à l'avance prendra fin. À défaut de stipulation du bail à

lesquels paiements ont été faits par chèques visés le jour même du dépôt de l'avis d'intention. Voir aussi *Cargill Ltd. v. Compton Agro Inc.* [2000] G.S.T.C. 4, [2000] G.S.T.C. 23.

l'effet contraire, le paiement fait au locateur devient un enrichissement injustifié et devrait être remboursé.

Mais dans la grande majorité des baux, il sera stipulé que le loyer payé d'avance ne sera jamais remboursable. Soit qu'il sera porté au crédit du loyer payable pour les mois visés, soit qu'il sera conservé à titre de dommages liquidés à l'avance en cas de défaut. Si le bail stipule qu'il sera conservé pour être appliqué sur toute somme due par le locataire, il faudrait plutôt parler d'un dépôt de garantie, dont il a été question dans la section précédente.

Les tribunaux ont clairement reconnu le droit du locateur de conserver le loyer payé d'avance malgré la faillite du locataire. En effet, selon plusieurs décisions, le loyer payé d'avance n'est pas une somme à recevoir par le failli et, en aucune circonstance hors faillite, il ne pourrait être réclamé par le locataire au locateur. Le syndic, qui succède au locataire failli, n'a pas plus de droit que ce dernier contre le locateur et il ne peut réclamer le remboursement du loyer payé d'avance.

Cette réponse n'est cependant plus satisfaisante et on doit voir à quel titre la somme sera conservée, puisqu'il faut maintenant écarter le dépôt de garantie.

Au Québec, c'est la résiliation du bail provoquée par la faillite en vertu de la clause du défaut du bail qui empêche le locataire de bénéficier de l'usage des lieux pendant cette période⁶⁵.

En Ontario, le raisonnement est plutôt fondé sur la répudiation (« disclaimer ») du bail par le syndic qui devient son geste unilatéral le privant volontairement de son droit d'occuper les

⁶⁵ *Flomen et Lussier Inc. c. Cohen* (1952), 33 C.B.R. 1 (C.S. Québec) et *Yaffy Systems Inc. v. Buywell Food Markets Ltd.*, 1952 CarswellQue 25. Dans cette dernière affaire, la Cour applique le loyer payé d'avance à titre de dommages liquidés contre le loyer payable par anticipation et donc, contre le loyer d'occupation du syndic. Le locateur perd donc l'avantage du dépôt.

lieux pour la période visée par le paiement anticipé⁶⁶. Cette règle s'applique que le bail stipule ou non que le loyer payé d'avance sera imputé aux dommages subis par le locateur. Tout au plus, le loyer payé d'avance pourra mitiger les dommages du locateur et ultimement compenser sa créance⁶⁷.

Et s'il y a lieu de conserver cette somme, doit-on l'appliquer aux dommages réels ou liquidés ou au loyer d'occupation payable par le syndic? Tout dépendra de la rédaction du bail⁶⁸.

Dans le cas où le loyer payé à l'avance devient des dommages liquidés, le bail devra également contenir une clause prévoyant le paiement de loyer par anticipation, à titre de dommages additionnels, pour bénéficier de la priorité de paiement de l'alinéa 136(1) f LFI. Une telle clause permettra de percevoir, en sus du loyer payé à l'avance, le loyer d'occupation exigible du syndic à la faillite⁶⁹.

Contrairement aux provinces de common law, le syndic ne peut vendre ou céder le bail au Québec pour bénéficier indirectement du loyer payé d'avance, sauf dans les très rares cas où le bail ne contient pas de clause de résiliation en cas de faillite.

⁶⁶ *Re: Sills* (1956), 35 C.B.R. 217 (C.A. Ont.); *Re: Abraham* (1926), 7 C.B.R. 180 (C.A. Ont.); Houlden & Morawetz, *The 2006 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, au numéro G-83. *Champion Machine and Tool Co. (Re)* 15 C.B.R. (n.s.) 136 (Ont. S.C.).

⁶⁷ *Re L. & W. Distributors Ltd. (N. & D. Supermarkets)* (1973) 18 C.B.R. (n.s.) 120 (C.S. Ont.).

⁶⁸ *Sobies Ltd., Re*, 1962 CarswellQue 22 (C.S. Qué.). Dans cette affaire, le Juge Montpetit applique *Re Sills*, précité note 56, et distingue le loyer payable par anticipation du loyer payé d'avance. Il refuse de permettre la compensation entre le loyer d'occupation du syndic et le loyer payé d'avance.

⁶⁹ *Re Finch Centre Draperies Ltd.* (1991) 7 C.B.R. (3d) 66 (Ont. S.C.).

3.3 Les sûretés sur le dépôt

Compte tenu de la décision *Expleo Global Inc.* et de l'arrêt *Ocean Drive*, on peut penser que la constitution de sûretés formelles sur les sommes conservées par le locateur à titre de garantie n'aurait pas pour effet de bonifier ses droits.

3.4 La compensation

Dans l'affaire de *D.I.M.S. Construction Inc.*⁷⁰, la Cour suprême du Canada a balisé l'application de la compensation en cas de faillite dans le cadre du droit civil du Québec. La Cour écarte les règles beaucoup plus souples du « set-off » de common law et de la fameuse compensation en équité.

Le droit à la compensation n'est pas une sûreté ou une garantie dans le sens usuel de ces mots. Pourtant, pour le justiciable, l'effet d'un droit à la compensation sera plus favorable, plus rapide et aussi moins coûteux que tout mécanisme de garantie ou de sûreté. Celui qui est en position d'opérer compensation pourra se considérer, d'un point de vue purement pratique, comme étant en meilleure position que quiconque pour protéger ses propres intérêts. Par de simples écritures comptables, sa dette sera éteinte et sa créance sera perçue.

Par exemple, si une entreprise A est endettée envers l'entreprise B, A n'hésitera pas à faire crédit à B pour une vente, sachant qu'elle pourra se payer à même ce qu'elle doit déjà. Elle n'aura pas non plus à se soucier de l'existence possible de dettes fiscales de B, de réclamations prioritaires, de fiducies présumées ou de éventuelles demandes formelles de

⁷⁰ *D.I.M.S. Construction Inc. (Syndic de)*, 2005 CSC 52.

paiement, sachant que, dans tous les cas, elle invoquera compensation pour ne payer que le solde, s'il en est.

Partant du principe que la « possession » d'une somme à payer est 99% du droit applicable, celui qui a droit à la compensation légale la fera donc valoir. S'il ne peut invoquer ou demander une compensation légale, normalement parce qu'une des deux dettes n'est pas liquide ou exigible, il retiendra le paiement jusqu'à ce que le tribunal prononce la compensation judiciaire.

La LFI reconnaît ce droit à la compensation légale ou judiciaire au par. 97(3) LFI :

« Art. 97(3) [**Compensation**] 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, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses. »

Même si le locateur d'immeubles est privé du droit de faire valoir ses sûretés conventionnelles en cas de faillite, selon l'arrêt *Ocean Drive*, l'article 136 LFI ne devrait avoir aucun impact sur son droit à la compensation. Le locateur pourra donc se prévaloir de la compensation, comme toute autre personne, sans égard à l'existence d'une garantie inopérante ou à son statut de créancier prioritaire de l'article 136 LFI.

Pour le locateur, la compensation sera en jeu à l'égard de plusieurs réclamations possibles, certaines liquides, d'autres moins. Mentionnons simplement :

- i) les arrérages de loyer de base ;

- ii) les arrérages de loyer additionnel, lesquels nécessiteront parfois des calculs et données qui ne sont pas complètes à l'ouverture de la faillite ;
- iii) le loyer d'occupation du syndic ;
- iv) le loyer payable par anticipation en cas de faillite ;
- v) les dommages aux lieux loués.

De l'autre côté, le syndic pourrait vouloir réclamer des montants « payables » par le locateur :

- i) des remboursements de taxes foncières ;
- ii) le loyer payé d'avance pour une période postérieure à la résiliation du bail ;
- iii) un montant déposé à titre de garantie pour les sommes exigibles en vertu du bail.

En conséquence, il est préférable que l'on qualifie les sommes détenues ou payables par le locateur comme des créances, et non comme une hypothèque avec dépossession, pour que le droit à la compensation s'applique et le locateur sera ainsi mieux protégé.

CONCLUSION

L'impact de l'arrêt *Ocean Drive* pourrait donc être beaucoup plus grand que celui qui découle des simples faits de l'espèce, soit l'hypothèque conventionnelle sans dépossession contenue dans le bail. En effet, refuser la qualification à titre de créancier garanti de toutes les personnes mentionnées à l'article 136 LFI aura un effet sur tous les types de sûretés conventionnelles que ces personnes peuvent détenir. Cependant, tant que la Cour suprême du Canada ne se sera pas prononcée clairement sur la question, un doute subsistera sur les effets réels de l'ordre de priorité de faillite sur les sûretés conventionnelles régies par le droit provincial.

Pour le moment, les locateurs commerciaux doivent favoriser l'obtention de lettres de garantie bancaire et rédiger attentivement les clauses prévoyant un versement par le locataire pour pouvoir le conserver en cas de faillite. Les locateurs devront éviter de créer une simple sûreté et favoriser un paiement non-remboursable applicable exclusivement à des dommages liquidés supplémentaires en cas de résiliation.

Dans les arrêts *Lefebvre (Syndic de)*⁷¹ et *Ouellet (Syndic de)*⁷², la Cour suprême a écarté unanimement une série de décisions de la Cour d'appel rendues en matière de publication des réserves de propriété et des baux mobiliers⁷³. Peut-on espérer un autre virage à 180 degrés en matière de priorité des locateurs d'immeubles ?

En attendant, cherchons un peu de confort dans ce passage de la décision du Juge Rothman dans *143858 Canada Inc. (Syndic de) c. Hydro-Québec*⁷⁴ :

“It is true, as the trial judge suggests, that s. 136(1) of the new Act sets out a scheme of distribution of the proceeds realized from the property of the bankrupt and provides for the order of priority of payment of the claims of certain categories of unsecured creditors. But that section is specifically made “subject to the rights of secured creditors” and the order of priority contained therein is applicable to unsecured creditors only. If, in this case, Hydro-Québec is a secured creditor by reason of the purpose of its privilege, as I believe it is, then s. 136 would be inapplicable.”

⁷¹ *Lefebvre (Syndic de)* [2004] 3 R.C.S. 326.

⁷² *Ouellet (Syndic de)* [2004] 3 R.C.S. 348.

⁷³ *Massouris (Syndic de)* REJB 2002-30151 et *Mervis* JE 2001-1555.

⁷⁴ *143858 Canada Inc. (Syndic de) c. Hydro-Québec*, [1994] R.J.Q. 716 (C.A.Q.).

JURISPRUDENCE CITÉE

<u>JURISPRUDENCE</u>	<u>N^o NOTE DE BAS DE PAGE</u>
<i>91133 Canada Ltée (Syndic de)</i> , [2003] R.J.Q. 753 (C.A. Qué.);	52
<i>143858 Canada Inc. (Syndic de) c. Hydro-Québec</i> , [1994] R.J.Q. 716 (C.A.Q.);	74
<i>366604 Alberta Ltd. (Trustee of) v. Pensionfund Properties Ltd.</i> (1996) 39 C.B.R. (3d) 134, A.Q.B.;	39
<i>885676 Ontario Ltd. (Trustee of) v. Frasmét Holdings Ltd.</i> (1993), 17 C.B.R. (3d) 64;	39
<i>9010-6816 Québec Inc. (Syndic de)</i> , J.E.-99-862, AZ-99021426, J. I. Halperin (C.S. Qué.);	60
<i>9022-8818 Québec Inc. (Syndic de)</i> , JE 2000-1575, J. Dalphond, C.S. Qué.;	57
<i>Abraham</i> (1926), 7 C.B.R. 180 (C.A. Ont.);	56
<i>Auto Experts, Ltd.</i> (1921) 1 C.B.R. 418;	8
<i>Banque de Développement du Canada c. Lemieux, Nolet Inc.</i> , [2005] J.Q. 76397, J. Claude Bouchard, (C.S. Qué.);	21
<i>Banque Fédérale de développement c. C.S.S.T.</i> , [1988] 1 R.C.S. 1061;	22
<i>Banque Laurentienne du Canada c. Caron, Bélanger, Ernst & Young Inc.</i> , AZ-50123943 (C.A. Qué.);	21
<i>Beal, Re</i> , 1981 CarswellNS 49, 39 C.B.R. (n.s.) 90 (N.S. S.C.);	35
<i>Big Knowledge Entreprises (Faillite de)</i> REJB 2006-108626, J. Chaput (C.S. Qué.);	61
<i>Bisson (Syndic de)</i> , J.E. 2005-1624, AZ50327643, J. Martin Bureau, (C.S. Qué.);	45

JURISPRUDENCE

N^o NOTE DE BAS DE PAGE

<i>Bourgault; Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Rainville</i> (1979) 33 C.B.R. (n.s.) 301;	16
<i>Cargill Ltd. v. Compton Agro Inc.</i> [2000] G.S.T.C. 4, [2000] G.S.T.C. 23;	54
<i>Champion Machine and Tool Co. (Re)</i> 15 C.B.R. (n.s.) 136 (Ont. S.C.);	56
<i>Cité de Trois-Rivières v. Syndicat National Catholique des Employés Municipaux de Trois-Rivières</i> [1962] B.R. 510 (C.A.Q.);	48
<i>Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Bélair Ltd.</i> , [1989] 2 R.C.S. 24;	22
<i>Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.</i> (2004), 46 C.B.R. (4 th) 35, 2004 CarswellONT 219, 2004 SCC3;	37
<i>Cummer-Yonge Investment Ltd. c. Fagot</i> , 8 C.B.R. (n.s.) 62;	38
<i>Deloitte Haskins & Sells c. Workers' Comp. Board</i> , [1985] 1 R.C.S. 785;	22
<i>D.I.M.S. Construction Inc. (Syndic de)</i> , 2005 CSC 52;	70
<i>Entreprises Bogira Inc. c. Parkland Valdec Inc.</i> , [1995] R.D.I. 528 (C.S.) et [1996] R.D.J. 35 (C.A. Qué.);	59
<i>Les Entreprises Jean Mercier Ltée c. Place Bonaventure Inc.</i> , [1992] R.J.Q. 1361 (C.S. Qué.);	34
<i>Ernst & Young Inc. c. London Life Insurance Company</i> , [2005] R.D.Q. 3010, J. J.F. Buffoni (C.S. Qué.);	21
<i>Expleo Global Inc. (Syndic de); Les Investissements Boutagy Inc. c. Raymond Chabot Inc.</i> , 21 mars 2003, 500-11-018505-020, J. Clément Gascon (C.S.Q.);	62
<i>Fecteau et Binette c. 156086 Canada Ltée</i> , AZ-50212095,	21

JURISPRUDENCE

N^o NOTE DE BAS DE PAGE

(C.A. Qué.);	
<i>Finch Centre Draperies Ltd.</i> (1991) 7 C.B.R. (3d) 66 (Ont. S.C.);	69
<i>Flomen et Lussier Inc. c. Cohen</i> (1952), 33 C.B.R. 1 (C.S. Québec);	65
<i>Forte, Re</i> , 1984 CarswellOnt. 126, 50 C.B.R. (N.S.) 135, (Ont. S.C.);	26
<i>Gingras Automobiles Ltée</i> , 4 C.B.R. (n.s.) 123 (C.S. Can.), [1962] R.C.S. 676;	6
<i>Gingras Automobiles Ltée</i> , (1962) 3 C.B.R. (n.s.) 55 (C.A.Q.), à la page 58;	13
<i>Goodwyn, Re</i> , 1983 CarswellOnt. 209, 48 C.B.R. (N.S.) 14, Reg. Ferron, (Ont. S.C.);	26
<i>Grant's Printing Ltée (Syndic de)</i> , AZ-50082667, J.E. 2001- 328, C.S.Q., le 29 janvier 2001;	56
<i>Hanson, Re</i> , 1973 CarswellAlta 5, C.B.R. (n.s.) 287 (Alta. S.C.);	35
<i>Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.</i> , [1995] 3 R.C.S. 453;	22
<i>L. & W. Distributors Ltd. (N. & D. Supermarkets)</i> (1973) 18 C.B.R. (n.s.) 120 (C.S. Ont.);	67
<i>Lacombe Nurseries Ltd., Re</i> , (1991) 8 C.B.R. (3d) 87, Al. Q.B.;	28
<i>Lefebvre (Syndic de)</i> [2004] 3 R.C.S. 326;	71
<i>Massouris (Syndic de)</i> REJB 2002-30151;	73
<i>Mervis</i> JE 2001-1555;	73
<i>Ouellet (Syndic)</i> [2004] 3 R.C.S. 348;	72

JURISPRUDENCE

N^o NOTE DE BAS DE PAGE

<i>Peat Marwick Thorne Inc. v. Natco Trading Corp</i> (1995) 31 C.B.R. (3d) 119 (Ont. S.C.);	29
<i>Perrette Inc.</i> , REJB-2000-17174 (C.S. Qué.);	64
<i>Quinn c. 9020-7564 Québec Inc.</i> , 705-22-006549-057, le 2 novembre 2005, J. Richard Landry (C. Qué.);	58
<i>Radioland Ltd., Canadian Credit Men's Trust Association Ltd. v. Carman Block Ltd.</i> , 36 C.B.R. 158 (Sas. C.A.);	11
<i>Ramisch c. 2326-1456 Québec Inc.</i> , AZ-99031008, J.E. 99-61, C.Q. 1998-10-30;	63
<i>Resource Plastics Inc. (Trustee of) v. W. Plickett & Bros. Customs Brokers Inc.</i> , (1995) 36 C.B.R. (3d) 231 (Ont. S.C.);	27
<i>Restaurant Ocean Drive Inc. : Canpro Investments Inc. c. Sam Levy & Associés Inc.</i> AZ-98011053 (C.A. Qué.);	19
<i>Restaurant Ocean Drive Inc. (Syndic de)</i> , [1988] R.D.I. 379 (C.A. Qué.);	51
<i>Sanimal c. Produits de Viande Levinoff Ltée</i> , 2005 QCCA 265, J.E. 2005-587 (C.A.Q.);	48
<i>Shanshal c. Fiducie Familiale Di Lillo</i> , 2006 QCCA 1446.	43
<i>Sills</i> (1956), 35 C.B.R. 217 (C.A. Ont.);	66
<i>Sobies Ltd., Re</i> , 1962 CarswellQue 22 (C.S. Qué.);	68
<i>Sous-Ministre du revenu c. Rainville</i> , [1981] 1 R.C.S. 35;	16
<i>Toronto Metal and Waste Company</i> (1921) 2 C.B.R. 138, à la page 140;	8

JURISPRUDENCE

N^o NOTE DE BAS DE PAGE

V.I.P. Switch Inc., Les Immeubles Wilfrid Poulin Ltée c. Samson Bélair/Deloitte & Touche Inc., 505-11-004806-019, le 6 février 2004, Juge Lise Matteau, (C.S. Qué.);

40

Yaffi Systems Inc. v. Buywell Food Markets Ltd., 1952 CarswellQue 25.

65