

CESSION DE CRÉANCE, COMPENSATION
ET AUTRES ASTUCES À UTILISER
DANS LA ZONE D'INSOLVABILITÉ

M^e Roger P. Simard

Texte présenté à Insight Information

Insolvabilité et restructuration commerciale

Sixième édition

Montréal, le 8 avril 2008

1, Place Ville-Marie, bureau 3900
Montréal (Québec) H3B 4M7
Ligne directe : (514) 878-5834
Télécopieur : (514) 866-2241
Courriel : roger.simard@fmc-law.com

© Roger P. Simard, tous droits réservés



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

www.fmc-law.com

Montréal

Ottawa

Toronto

Edmonton

Calgary

Vancouver

New York

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1. LA CITERNE D'ESSENCE	3
1.1 Revendication par le propriétaire ou reprise de possession par le fournisseur impayé	4
1.2 L'identification des biens fongibles.....	7
1.2.1 L'arrêt <i>Alcools de commerce</i>	7
1.2.2 L'arrêt <i>Conoco</i>	11
1.2.3 L'arrêt <i>Meunerie B.L</i>	14
1.3 Analyse	18
2. L'AS DU VOLANT.....	22
2.1 Les modes de paiement du crédit commercial.....	23
2.2 Le paiement reçu à l'avance et appliqué à la créance.....	24
2.3 L'imputation des paiements.....	25
2.4 Le paiement accepté avec indication	26
2.5 Le paiement indiqué à l'avance	28
2.5.1 Application de la définition de réclamation de l'article 121 LFI au paragraphe 62 (1.1) LFI.....	29
2.5.2 Interprétation du paragraphe 65.1 (4) LFI par les tribunaux	30
2.5.3 Imputation de paiement.....	31
3. LE VÉHICULE PRIORITAIRE	32
3.1 Le paiement indirect	32
3.2 La cession de créance à une société liée	34
4. L'INCREVABLE.....	37
4.1 Applicabilité du paragraphe 97 (3) LFI dans le cas d'une proposition.....	38
4.2 La compensation avec des créances postérieures à l'avis d'intention	40
4.3 Le paiement direct involontaire	41
4.4 Préférence frauduleuse.....	43
CONCLUSION.....	47

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

« Fourré

- Terme d'escrime. Coup fourré, coup que l'on donne en même temps que l'on en reçoit un ; locution qui vient de ce que le coup donné et reçu est considéré comme ayant sa fourrure, ce qui en fait un coup double, un coup fourré. Qu'ils... Se donnent l'un à l'autre autant de coups fourrés, RÉGNIER, Ép. II. Ce sont deux grands athlètes qui font un coup fourré, DIDER. Salon de 1767, Oeuv. t. XIV, p. 54, dans POUGENS.

- Fig. Coup fourré, coup qui rend la pareille, moyen par lequel on déjoue quelque chose. Et contre cet assaut je sais un coup fourré, MOL. l'Ét. III, 6.

Coup fourré, mauvais offices que se rendent deux personnes en même temps l'une à l'autre.

Porter un coup fourré, rendre en secret un mauvais office à quelqu'un. Il [Maupertuis] me porte tous les coups fourrés qu'il peut, et j'ai peur qu'il ne me fasse plus de tort qu'à Koëmig, VOLT. Lett. Mme Denis, 22 mai 1752. [LL] »¹

INTRODUCTION

Dans l'arrêt *Peoples Department Stores Inc. (Syndic de) c. Wise*², la Cour suprême du Canada a reconnu certains moyens de défense aux dirigeants et administrateurs qui tentent de sauver une entreprise qui est au bord de l'insolvabilité, sans être officiellement insolvable.

La Cour écrit :

« 46. L'obligation fiduciaire des administrateurs reste la même lorsqu'une société se trouve dans la situation que décrit l'expression nébuleuse « au bord de l'insolvabilité ». Cette expression n'a pas été définie; elle ne peut être définie et n'a aucune signification en droit. Elle vise manifestement à illustrer une détérioration de la stabilité financière de la société. Dans l'évaluation des mesures prises par les administrateurs, il est évident que toute tentative faite avec intégrité et de bonne foi pour redresser la situation financière de la société aura, si elle réussit, conservé une valeur pour les actionnaires tout en améliorant la situation des créanciers. En cas d'échec, on ne pourra y voir un manquement à l'obligation fiduciaire prévue par la loi. »

¹ *Petit dictionnaire éclectique des termes d'escrime*, Lombart@synec-doc.be, version 3.2 – novembre 2005, compilation diffusée librement à www.synec-doc.be/escrime/dicol.

² *Peoples Department Stores Inc. (Syndic de) c. Wise* [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68: La Cour suprême unanime, sous la plume des juges Major et Deschamps, a éclairci les obligations fiduciaires que la loi impose aux administrateurs et aux dirigeants lorsque leurs actions faites avec intégrité et bonne foi pour redresser la situation financière d'une société se soldent par un échec. La Cour a conclu que l'obligation fiduciaire reste la même lorsqu'une société se trouve dans la situation que décrit l'expression nébuleuse « au bord de l'insolvabilité » et en anglais, « vicinity of insolvency ».

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

C'est ce que nous appellerons la « zone d'insolvabilité »³. Il est évidemment prévisible qu'à l'approche de l'insolvabilité, certaines personnes, dans certaines circonstances, voudront tenter certains stratagèmes, certaines astuces afin de bonifier leur position. Plusieurs de ces subterfuges auront parfois l'apparence d'un coup fourré. Il ne s'agit pas d'un « coup fourré » dans le sens que lui donne ce terme d'escrime, mais dans son sens courant : attaque hypocrite, coup en traître. La jurisprudence nous enseigne que les entreprises insolubles et leurs créanciers sont très actifs dans la zone d'insolvabilité et utilisent certaines tactiques qu'on peut facilement qualifier de coup fourré et qui ont été étudiées par les tribunaux. Quelques-unes de ces décisions et leurs applications pratiques n'ont pas eu les échos qu'elles méritaient.

Notre propos sera donc de revenir ici sur certaines décisions plus ou moins récentes des tribunaux pour les analyser et discuter de leurs impacts pratiques. Ces décisions peuvent justifier certains conseils donnés par les syndics et les avocats d'insolvabilité lorsque leurs clients se retrouvent dans la zone d'insolvabilité à titre de créanciers ou de débiteurs.

Et quoi de mieux pour faire cette présentation que de revenir sur le fameux jeu de cartes populaire au Québec dans les années 60, le « Mille Bornes TM », qui a fait l'apologie du coup fourré. Ce jeu nous présente quatre cartes « bottes » que vous devez jouer en annonçant « coup fourré ».⁴ Il n'y aura évidemment aucune annonce par celui qui réalise un coup fourré dans la zone d'insolvabilité.

³ Slavens, A., *Directors and creditors in the «Zone of Insolvency»*, *National Creditor/Debtor Review*, Lexis Nexis, Vol. 22, N.4. p. 37.

⁴ Règles officielles du jeu de cartes Mille Bornes ^{T.M.} de Parker Brothers, création de Edmond Dujardin. Le nom « Mille Bornes » proviendrait de la longueur de la Route nationale 7, dite « route bleue », en France,

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

1. LA CITERNE D'ESSENCE

Les droits de revendication du propriétaire et de reprise du fournisseur impayé de biens fungibles dans la zone d'insolvabilité ont donné lieu à trois arrêts des cours d'appel, deux au Québec, qui ont nié ces droits, et un en Colombie-Britannique, qui les a reconnus. Dans notre propos, nous traiterons exclusivement de la question de l'identification des biens réclamés. Nous tenterons de réconcilier des décisions, incompréhensibles en apparence, en discutant alcool, gazole et maïs sous le thème de la citerne d'essence, le premier coup fourré associé à ces biens fungibles⁵.

Dans un premier temps, nous devons cerner l'étendue de la notion de «bien fungible». La doctrine⁶ définit les biens fungibles comme ceux qui sont déterminés uniquement par leur genre et par leur nombre, leur poids ou leur mesure, de sorte qu'ils peuvent être remplacés par d'autres biens du même genre pour éteindre une obligation. Ce sont des biens interchangeables, équivalents, qui peuvent se remplacer indifféremment les uns et les autres dans les paiements et les restitutions. La même doctrine nous apprend qu'un bien non fungible est, quant à lui, celui qui est déterminé dans son individualité et qui ne peut être remplacé par un autre pour éteindre une obligation. Il est un «corps certain», un bien individualisé, un bien unique.

qui fait environ mille kilomètres entre Paris et Menton, en passant par la Bourgogne et la Vallée du Rhône; <http://fr.wikipedia.org>.

⁵ J'aimerais remercier M. Huu- Phu Nguyen, stagiaire du programme droit/MBA de l'Université de Sherbrooke pour son aide à la recherche et à la rédaction de cette section.

⁶ Lafond, Pierre-Claude, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal (Qc), Éditions Thémis, 2007, aux pp. 137-138; Lamontagne, Denys-Claude, *Biens et propriété*, 5^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, aux pp. 22-23; Reid, Hubert, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal (Qc), Wilson & Lafleur Ltée, 2001, à la p. 63; Crépeau, Paul-A., dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991, aux pp. 61, 87 et 264.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

La question a une importance qui dépasse la situation particulière et moins fréquente des biens fongibles. En effet, si on peut revendiquer un bien fongible sur la base d'une identification qui n'est pas spécifique et qu'on peut qualifier de « partielle », ne pourrait-on pas revendiquer un produit manufacturé identique qui n'est pas individualisé par un numéro de série ou un numéro de lot, selon le même critère d'identification partielle?

1.1 Revendication par le propriétaire ou reprise de possession par le fournisseur impayé

Il faut d'abord distinguer deux recours distincts qui peuvent s'appliquer à des biens en possession d'une personne insolvable et qui sont prévus à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁷. Tout d'abord, le droit du propriétaire de produire une réclamation de biens entre les mains du syndic en vertu de l'article 81 LFI. Ce sera le cas lorsqu'il y aura eu vente avec réserve de propriété, entente de vente en consignation, entreposage ou simple dépôt. Dans ces derniers cas, il n'y a pas eu de vente, mais les principes d'identification seront les mêmes. Il s'agit alors d'un recours en revendication. Ensuite, il y a le recours de reprise de possession du fournisseur impayé prévu à l'article 81.1 LFI.

Les articles 81 et 81.1 LFI se lisent comme suit :

81. (1) Lorsqu'une personne réclame des biens, ou un intérêt dans des biens, en la possession du failli au moment de la faillite, elle doit produire au syndic une preuve de réclamation attestée par affidavit indiquant les motifs à l'appui de la réclamation et des détails suffisants pour permettre l'identification des biens.

[...]

81.1 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le fournisseur qui a vendu et livré à un acheteur, qui ne les lui a pas payées au complet, des marchandises destinées à être utilisées dans le cadre des affaires de celui-ci peut

⁷ L.C. c. B-3, telle qu'amendée (« LFI »).

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

avoir accès à ces marchandises — l'acheteur, le syndic ou le séquestre étant tenu d'accorder mainlevée à cet égard — et en reprendre possession à ses propres frais, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

[...]

c) au moment de la présentation de la demande, les marchandises sont en la possession de l'acheteur, du syndic ou du séquestre, peuvent être identifiées comme celles qui ont été livrées par le fournisseur et ne lui ont pas été payées au complet, sont dans le même état qu'au moment de leur livraison, n'ont pas été revendues à une personne sans lien de dépendance et ne font pas l'objet d'une promesse de vente à une personne sans lien de dépendance;

[...] (notre soulignement)

Une des nombreuses conditions d'exercice du recours de revendication ou réclamation de biens par le propriétaire ou du recours de reprise de possession par le fournisseur impayé est que le bien revendiqué ou repris soit identifié soit comme le bien appartenant à celui qui le réclame et correspondant au bien qui fait l'objet de la revendication, soit comme le bien livré et impayé dans le cas de la reprise de possession du fournisseur.

Dans leur application, ces articles imposent un lourd fardeau de preuve au réclamant et les syndics ont tendance à exiger une identification spécifique.

Ainsi, la reprise de possession ne peut porter que sur des biens identifiés de la façon prescrite. Le paragraphe 81.1(11) LFI reconnaît que des recours similaires peuvent aussi exister en matière civile. C'est le cas du recours en résolution de vente de l'article 1741 du Code civil du Québec (« C.c.Q. ») Le libellé de l'article 1741 C.c.Q.⁸, tout comme celui des anciennes dispositions

⁸ Article 1741 *Code civil du Québec*:

1741. Lorsque la vente d'un bien meuble a été faite sans terme, le vendeur peut, dans les 30 jours de la délivrance, considérer la vente comme résolue et revendiquer le bien, si l'acheteur, alors qu'il est en demeure, fait défaut de payer le prix et si le meuble est encore entier et dans le même état, sans être passé entre les mains d'un tiers qui en a payé le prix ou d'un créancier hypothécaire qui a obtenu le délaissement du bien.

La saisie par un tiers, alors que l'acheteur est en demeure de payer le prix et que le bien est dans les conditions prescrites pour la résolution, ne fait pas obstacle au droit du vendeur.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

1543, 1998, 1999 et 2000 du C.c.B-C.⁹ qu'il remplace depuis l'entrée en vigueur du C.c.Q., ne mentionne cependant pas expressément le caractère identifiable des biens parmi ses critères d'application. La jurisprudence a toutefois reconnu que la condition exigeant que le bien soit dans le «même état» lors de la revendication qu'au moment de la livraison fait en sorte que le recours de résolution et de revendication sous ces articles exige implicitement que le bien

9

Code civil du Bas-Canada de 1866:

1543. Dans les ventes de meubles, le droit de résolution, faute de paiement du prix, ne peut être exercé qu'en autant que la chose reste en la possession de l'acheteur, sans préjudice du droit de revendication du vendeur tel que réglé au titre des privilèges et hypothèques.

Dans le cas de faillite ce droit ne peut être exercé que dans les trente jours de la livraison.

1998. Le vendeur d'une chose non payée peut exercer deux droits privilégiés:

1. Celui de revendiquer la chose;
2. Celui d'être préféré sur le prix.

Dans le cas de faillite, ces droits ne peuvent être exercés que dans les trente jours qui suivent la livraison.

1999. Pour exercer cette revendication, quatre conditions sont requises:

1. Que la vente ait été faite sans terme;
2. Que la chose soit encore entière et dans le même état;
3. Qu'elle ne soit pas passée entre les mains d'un tiers qui en ait payé le prix;
4. Que la revendication soit exercée dans les huit jours de la livraison: sauf la disposition relative à la faillite et contenue en l'article qui précède.

2000. Si la chose est vendue pendant l'instance en revendication, ou si lors de la saisie de la chose par un tiers, le vendeur est encore dans les délais et la chose dans les conditions prescrites pour la revendication, le vendeur est privilégié sur le produit à l'encontre de tous autres créanciers privilégiés ci-après mentionnés.

Si la chose est encore dans les mêmes conditions, mais que le vendeur ne soit plus dans les délais, ou ait donné terme, il conserve le même privilège sur le produit, excepté à l'égard du locateur et du gagiste.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

demeure identifiable¹⁰. Cependant, qu'arrive-t-il lorsque le bien qui fait l'objet de la revendication est un bien fongible, qui est, par sa nature même, non susceptible d'être ainsi identifié lorsqu'il est confondu avec des biens de même genre? Est-il question d'un bien semblable, de même nature ou interchangeable dans l'application des articles 81 et 81.1 de la LFI? Est-ce que le fardeau de preuve imposé au propriétaire qui revendique est le même que celui imposé au fournisseur qui veut reprendre le bien vendu?

1.2 L'identification des biens fongibles

La question de l'identification des biens fongibles pour les fins de la reprise de possession et de la revendication a été traitée dans quelques jugements, dont, notamment, deux arrêts de la Cour d'appel du Québec et un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

1.2.1 L'arrêt *Alcools de commerce*

On se souvient de l'arrêt *Alcools de commerce*¹¹ comme l'arrêt de principe ayant refusé la résolution de la vente et la revendication d'un liquide contenu dans un réservoir, en vertu du *Code civil du Bas-Canada*. Comme il est de commune renommée que les dispositions susmentionnées du *Code civil du Bas-Canada* faisaient l'envie des fournisseurs des autres provinces et qu'elles ont servies de modèle à l'élaboration du droit de reprise de possession du fournisseur impayé lors de la grande réforme de la *Loi sur la faillite* en 1992, on serait tenté d'en déduire qu'un bien fongible ne peut donc pas être l'objet de ce dernier recours.

¹⁰ *Mercure c. Philippe Beaubien et Cie Ltée*, [1966] B.R. 413; *Frigidaire Corp. c. Duclos* (1931), 52 B.R. 91; *Valco Métal (1979) ltée c. Poissant, Richard et Associés*, [1990] R.J.Q. 2881 et *Northen Fur Co. Ltd. c. Hart* (1921), 22 R.P. 424.

¹¹ *Alcools de commerce Inc. c. Corp. de produits chimiques de Valleyfield Inc. et Trust Général du Canada*, [1985] C.A. 686. (ci-après "*Alcools de commerce*").

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

Une lecture attentive de l'arrêt *Alcools de commerce* démontrera que ce n'est pas le cas.

Le litige, dans ce jugement rendu en 1985, portait notamment sur la question de l'identification des biens fongibles amalgamés avec d'autres biens de même nature, mais dans un contexte de droit civil en application des articles 1543, 1998 et 1999 du C.c.B-C.¹²

Les faits sont importants et peuvent être simplement résumés comme suit. Les 24 octobre, 19 novembre et 3 décembre 1980, Les Alcools de commerce Inc. (ci-après désignée «Les Alcools») vendait à La Corporation de Produits Chimiques de Valleyfield Ltée (ci-après désignée «CPCV») trois commandes de 8 999,9 gallons chacune d'alcool dénaturé, pour une somme totalisant 59 939,34\$. Cette somme n'a pas été acquittée. Les Alcools était le seul fournisseur d'alcool dénaturé de la CPCV. Les 8 999,9 gallons vendus et livrés le 3 décembre avaient été versés, comme lors des livraisons précédentes, dans un réservoir communiquant avec un deuxième réservoir, le tout relié à un système de déshydratation. Le 23 décembre 1980, Trust Général du Canada prenait possession de tous les actifs de la CPCV en vertu d'un acte de fiducie. Le 30 décembre 1980, Les Alcools saisissait avant jugement les 8 999,9 gallons livrés dans les 30 jours précédents, soit le 3 décembre 1980, et qui demeuraient toujours impayés, et demandait la résolution de la vente. En réaction à cela, Trust Général du Canada signifiait, le 5 janvier 1981, à Les Alcools une requête en annulation de la saisie avant jugement.

La Cour supérieure accueillit la requête de Trust Général du Canada en annulation d'une saisie avant jugement.

¹² Voir Note 9.

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

En appel, Les Alcools alléguait son droit de recouvrer la possession de la chose vendue, et en conséquence, son droit à la saisie provisionnelle régie sous le paragraphe 1 de l'article 734 du Code de procédure civile (ci-après désigné «C.p.c.»). Pour sa part, Trust Général du Canada soutenait que les Alcools était incapable d'identifier les 8 999,9 gallons d'alcool dénaturé livrés le 3 décembre 1980 et que l'alcool n'était plus en possession de CPCV depuis la prise de possession par Trust Général du Canada.

Le juge Turgeon, qui était dissident, affirma que l'appelante était dans la position d'un vendeur impayé et que la loi lui accordait ainsi le droit de rétention (art. 1496 du C.c.B.-C.), le droit de résolution de la vente (art. 1543 du C.c.B.-C.), le droit de revendication (art. 1998 et 1999 du C.c.B.-C.) et le droit d'être payé par préférence sur le produit d'une vente en justice (art. 2000 du C.c.B.-C.).

Le juge Turgeon arriva à la conclusion qu'il s'agissait, en l'espèce, de choses fongibles identiques. Selon lui, la preuve démontrait bien que Les Alcools était la seule à livrer de l'alcool dénaturé à la CPCV. Au moment de chaque livraison, un prélèvement de l'alcool livré était pris et examiné en laboratoire avant d'être acceptée. Selon lui, on pouvait donc affirmer que chaque livraison d'alcool était une chose déterminée quant à son espèce. Les Alcools avaient donc raison de demander la prise de possession de 8 999,9 gallons de cet alcool qu'elle a saisis.

Le juge LeBel était d'avis contraire et rejette l'appel de Les Alcools. Il reconnaît les recours ouverts à Les Alcools tel qu'énoncés par le juge dissident :

«Le recours à la saisie avant jugement est ouvert au créancier qui exerce le droit de résolution prévu à l'art. 1543 du Code civil. En exerçant le droit de résolution

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

prévu par l'art. 1543, le créancier revendique un bien au sens de l'art. 734(1) du Code de procédure civile.»

Ainsi, les trois juges ne nient pas qu'une chose fongible puisse être l'objet d'une revendication, même si elle a été mélangée avec des biens de même nature.

Malgré que Les Alcools était le fournisseur exclusif d'alcool utilisé par la CPCV, le produit saisi par l'appelante ne correspondait pas à l'alcool initialement livré et contenait des substances diverses. Selon le juge Le Bel, la saisie a été pratiquée dans une citerne où se trouvaient mélangés constamment à la fois les nouvelles livraisons et de l'alcool recyclé et contaminé par diverses impuretés. En effet, la CPCV utilisait l'alcool livré et celui qui avait été recyclé dans ses opérations pour ses fabrications. Or l'alcool recyclé était contaminé par des substances ou des résidus divers. Ainsi, la saisie effectuée par Les Alcools portait sur un produit apparenté à celui qu'elle avait livré, mais cependant différent. Il était donc impossible d'identifier le produit saisi au produit vendu. On ne pouvait considérer ces choses comme fongibles, comme strictement de même nature. De toutes façons, pour les juges LeBel et McCarthy, l'alcool n'était plus en possession de la CPCV car il était passé en possession du fiduciaire.

Ce n'est donc pas la nature et l'identification du bien fongible qui ont entraîné le rejet du recours en revendication, mais bien l'application stricte de la notion de « même état » qu'on retrouve aujourd'hui à l'article 81.1 LFI et, subsidiairement, l'application stricte de la notion de « possession ».

1.2.2 L'arrêt Conoco

La question débattue dans l'arrêt *Conoco*¹³ est de déterminer si des biens fongibles confondus avec d'autres biens de même espèce sont identifiables dans le cadre du droit de reprise de possession du fournisseur impayé conformément à l'article 81.1 de la LFI.

Les faits à l'origine de ce litige devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sont comparables à ceux de l'arrêt *Alcools de commerce*, qui n'est cependant pas cité dans *Conoco*. ConocoPhillips Co. (ci-après «Conoco») fournissait du gazole à Port Alice Specialty Cellulose Inc. (ci-après «Port Alice»). Le 6 octobre 2004, Conoco effectua une livraison de 23 598 barils de gazole (ci-après désigné «Nouveau gazole») à Port Alice. À la même date, le réservoir de cette dernière contenait 18 801 barils de gazole (ci-après désigné « Ancien gazole») avant la livraison. Au 17 novembre 2004, le même réservoir indiquait que la quantité de gazole restant était de 24 417 barils. Port Alice devint faillie cinq jours plus tard, soit le 22 novembre 2004. Il n'est pas contesté que Conoco a été le seul fournisseur de gazole de Port Alice durant quatre des cinq dernières livraisons avant la faillite de celle-ci. La facture de la dernière livraison en date du 6 octobre 2004, s'élevant à 749 102,82\$, n'a pas été payée. Conoco exerça donc le recours sous l'article 81.1 LFI, le 29 novembre 2004, afin de reprendre possession du gazole impayé livré le 6 octobre 2004. Une proposition concordataire faite par Port Alice a eu pour effet de suspendre le calcul du délai de 30 jours prévu par le paragraphe 81.1(1) LFI, en vertu du paragraphe 81.1(4) LFI. C'est ce qui justifiait la demande de reprise de possession de Conoco à une date qui excédait en apparence le délai de 30 jours suivant la livraison.

¹³ *Port Alice Specialty Cellulose Inc. (Trustee of) v. ConocoPhillips Co.* (2005), 254 D.L.R. (4th) 397 (B.C.C.A.). (ci-après «*Conoco*»); voir aussi Buttery, M., *Fungible Goods and Section 81.1 of the Bankruptcy and Insolvency Act*, Credit and Banking Litigation P. 560.

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

Devant le juge de première instance, le syndic de faillite de Port Alice s'objecta à cette reprise de possession et prétendit qu'elle ne pouvait pas avoir lieu sous le motif que le Nouveau gazole n'était pas identifiable. Il affirma que les 23 598 barils de Nouveau gazole livrés furent mélangés de telle sorte qu'ils ne pouvaient être séparés des 18 801 barils d'Ancien gazole qu'il y avait déjà dans la citerne avant la livraison. Ce faisant, le gazole qui restait dans le réservoir au jour de la demande de reprise de possession de Conoco ne pouvait être identifié comme le Nouveau gazole livré par cette dernière dans le délai de 30 jours.

Malgré cela, le juge des faits trancha en faveur de Conoco. Face aux prétentions du syndic de faillite de Port Alice, il répondit qu'aucun type particulier de biens, incluant même les biens fongibles tels que les «liquid hydrocarbons», n'est exclu du droit de reprise de possession octroyé par l'article 81.1 LFI. L'interprétation de cette disposition ne doit pas être restrictive. Il ajouta qu'exclure les biens fongibles irait à l'encontre de l'intention de la disposition 81.1 LFI :

"He noted that "no particular type of good is excluded from the right of possession or repossession granted under Section 81.1 and that includes liquid hydrocarbons which are fungible goods", and that excluding fungible goods "would not be consistent with the intent of this provision".¹⁴

Au surplus, il conclut que le Nouveau gazole était suffisamment identifiable en se basant sur les sept circonstances spécifiques suivantes :

- « (a) The new fuel was delivered to a single tank and was stored there.
- (b) All of the previous deliveries since the previous June were made by Conoco and no deliveries of any further fuel subsequent to October have been made.
- (c) The qualities of the New and Old Oil are the same and the fuel in the Tank remains as such.

¹⁴ Conoco, précité Note 13, par. 10.

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

- (d) The volume of the fuel in the Tank before delivery of the New Oil into the Tank is known and ascertained.
- (e) The volume of the New Oil pumped into the Tank is known and ascertained.
- (f) The volume of fuel oil drawn down is known and ascertained.
- (g) The fuel in the Tank can be inferred to have been evenly drawn down. »¹⁵

La preuve lui a permis d'inférer que le Nouveau gazole et l'Ancien gazole, qui étaient entassées dans un seul et même réservoir, étaient des biens exactement de même nature. Dans cette logique, le juge Masuhara a accordé une reprise de possession sur une partie des 24 417 barils de gazole restants dans le réservoir. Rejetant l'argument avancé par Conoco voulant qu'il puisse reprendre le gazole revendiqué dans la réservoir en appliquant le principe de «first in, first out», le juge de première instance décida que Conoco avait droit à la même proportion dans le gazole restant au 17 novembre 2004 que la proportion que représentait le Nouveau gazole sur le total du Nouveau gazole et de l'Ancien gazole dans le réservoir le jour de la livraison. Conoco était donc autorisé à reprendre 56% des 24 417 barils de gazole qui restaient dans le réservoir de Port Alice.

Insatisfait de la décision rendue, le syndic de faillite de Port Alice a interjeté appel. Il attaquait, notamment, l'interprétation de l'article 81.1 LFI par le juge de première instance.

La juge Levine de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejeta l'appel et appuya l'interprétation du juge de première instance. En effet, elle affirma que le libellé de l'article 81.1 LFI n'exclut aucunement les biens fongibles tel le gazole. Elle expliqua qu'une interprétation du terme «identifiable» qui a pour effet d'exclure une catégorie de biens peut restreindre, de manière incompatible avec l'interprétation grammaticale et ordinaire des mots, l'application de

¹⁵ *Conoco*, précité Note 13, par. 12.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

l'article. Elle répondit par la négative à la question à savoir si les biens mélangés sont entièrement exclus de la protection de l'article 81.1 LFI de la façon suivante :

«In my opinion, there is nothing in the words of the section, in their context, read harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament, that leads to the conclusion that goods such as the fuel oil in this case are not capable of being identified, for the purposes of s. 81.1, in the manner determined by the trial judge. »

Qui plus est, la juge Levine a rejeté l'application des trois jugements invoqués par le syndic de faillite de Port Alice à l'effet que les biens fongibles confondus avec d'autres biens de même espèce perdent leurs caractères identifiables, devenant ainsi non réclamables sous le régime de l'article 81.1 LFI¹⁶. Selon la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, ces trois décisions ont adopté, souvent en *obiter*, une interprétation trop restrictive de l'article 81.1 LFI. Ainsi selon la juge Levine, même si les biens peuvent se confondre, il est néanmoins possible de les identifier. Elle reconnaît donc que des biens fongibles sont susceptibles d'être identifiés en application de l'article 81.1 LFI.

1.2.3 L'arrêt *Meunerie B.L.*

À l'instar de l'arrêt *Conoco*, la question en litige dans l'arrêt *Meunerie B.L.*¹⁷ reposait sur l'identification des biens fongibles mélangés avec d'autres biens de même genre, mais cette fois en application d'un droit de revendication à titre de propriétaire en vertu de l'article 81 LFI¹⁸.

¹⁶ Voir *In Re Stokes Building Supply Ltd.* (1994), 30 C.B.R. (3d) 36 (Nfld. & Lab. S.C.); *Bruce Agra Foods Inc. v. Proposal of Everfresh Beverages Inc. (Receiver of)* (1996), 45 C.B.R. (3d) 169 (O.C.J. Gen. Div.) et *Thomson Consumer Electronics Canada Inc. v. Consumers Distributing Inc. (Receiver of)* (1999), 5 C.B.R. (4th) 141, 170 D.L.R. (4th) 115 (Ont. C.A.).

¹⁷ *Meunerie B.L. inc. (Syndic de)*, 2007 QCCA 1601, 38 C.B.R. (5th) 1, 2007 CarswellQue 10761 (ci-après : « *Meunerie B.L.* »)

¹⁸ À noter que ce n'est qu'à titre comparatif que la Cour analyse le paragraphe 81.1(1) LFI.

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

Les faits sont relatés de la manière suivante. Raymond Bouchard et son épouse étaient administrateurs et actionnaires uniques de Ferme Laurent Plante et de Meunerie B.L. Au cours des années 2004 et 2005, tous les producteurs appelants, à l'exception de Guy Vincent, entreposaient et faisaient sécher du maïs chez Ferme Laurent Plante. Quant à Guy Vincent, il achetait son maïs, déjà séché, de tiers, et le livrait directement chez Meunerie B.L. pour y être transformé en moulée. Le ou vers le 6 décembre 2005, Meunerie B.L. et Ferme Laurent Plante cessèrent leurs activités. Le 15 décembre 2005, Meunerie B.L. fit une cession de biens. Ferme Laurent Plante fait également une cession de biens le 26 février 2006. Avant cette date, Ferme Laurent Plante était un centre de grains, situé à St-Félix-de-Kingsey. Du maïs y était déchargé, entreposé et séché. Meunerie B.L. était, quant à elle, une meunerie située à Sainte-Séraphine, à quelque trois ou quatre kilomètres du centre de grains de Ferme Laurent Plante. Meunerie B.L. transformait le maïs en moulée. Elle se procurait son maïs, soit de Ferme Laurent Plante, soit directement de producteurs ou de négociants en grains. Le 19 décembre 2005, Raymond Chabot Inc., agissant à titre de syndic à la faillite de Meunerie B.L., transmet un avis de la faillite de cette débitrice à ses créanciers. Suite à cela, les appelants, conformément à l'article 81 LFI, déposèrent auprès du syndic des preuves de réclamation afin de revendiquer le maïs qu'ils ont initialement entreposé chez Ferme Laurent Plante, sauf pour Guy Vincent qui revendiqua le maïs laissé en consignation chez Meunerie B.L. À compter du 20 janvier 2006, le syndic transmet aux appelants des avis de contestation de leurs preuves de réclamation, en vertu du paragraphe 81(2) LFI. Il est à noter que le syndic était autorisé, le 8 février 2006, par la Cour supérieure à vendre à Guy Vincent la totalité du maïs remisé chez Meunerie B.L. Les appelants ne formulèrent pas

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

d'opposition à cette vente. Cependant, les appelants ont contesté en Cour supérieure la décision du syndic de rejeter leurs preuves de réclamation de biens.

La Cour supérieure a rejeté par jugement, le 18 août 2006, les appels des avis de contestation du syndic. Il a été prouvé au procès que chaque producteur connaissait la quantité de maïs entreposé et dont il était demeuré propriétaire parce que, sur réception, le produit était pesé et classé. Cependant, il était impossible d'identifier les biens revendiqués par les appelants. En effet, du maïs entreposé pour les appelants chez Ferme Laurent Plante était transféré sans le consentement de ceux-ci à Meunerie B.L. et utilisé par cette dernière pour la fabrication de moulée. Afin de ne pas alerter les producteurs, Ferme Laurent Plante se procurait alors du maïs pour remplacer le maïs entreposé qui avait été transféré à Meunerie B.L. Ces transactions fictives et frauduleuses ont obligé le juge de première instance à conclure qu'il n'était pas possible d'isoler, par son poids et sa classe, le maïs provenant des appelants et le distinguer de celui provenant d'une vingtaine d'autres sources d'approvisionnement. Les biens revendiqués n'étaient donc pas identifiables.

En appel, les appelants prétendirent que le juge des faits a erré en droit en concluant de la sorte. Ils ajoutèrent qu'ils demeuraient propriétaires du grain entreposé jusqu'à concurrence du poids du grain confié par chacun d'eux, même si le grain utilisé par Meunerie B.L. pour ses fins était remplacé par du grain de même nature. Selon eux, le maïs entreposé était un bien fongible identifiable et ils revendiquèrent le droit d'en reprendre possession en invoquant l'application des principes énoncés dans l'arrêt *Conoco*. À l'inverse, le syndic soutenait que les grains réclamés par les appelants ne peuvent être identifiables puisqu'ils sont confondus avec des grains provenant d'autres producteurs, ajoutant qu'ils sont quantifiables, mais non identifiables.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

Le juge Dufresne analysa la question sous l'optique que les grains entreposés en vrac dans les silos sont des biens fongibles. En comparant la situation des appelants à celle du fournisseur impayé, il est d'avis qu'on n'exclut pas nécessairement les biens fongibles de l'application de l'article 81 LFI, mais encore faut-il être en mesure d'identifier le bien comme étant le sien pour pouvoir le revendiquer. Ainsi, les appelants n'ont pas pu identifier le maïs dont ils étaient propriétaires et qui se trouvaient encore dans les silos des débitrices à la date de la cession de biens. Le juge de la Cour d'appel souligna qu'il faut, en l'espèce, faire une distinction avec l'arrêt *Conoco*:

Même s'il fallait retenir les principes énoncés dans l'arrêt *ConocoPhillips*, [...] la conclusion ne pourrait être, en l'espèce, la même. En effet, ici, la situation est tout autre. Le maïs des appelants ne peut être distingué de celui d'autres fournisseurs chez qui Meunerie B.L. s'approvisionnait.

[...]

Conséquemment, le Tribunal ne peut, contrairement à la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'arrêt *ConocoPhillips*, isoler, par son poids et sa classe, le tonnage de maïs provenant des appelants de celui provenant d'autres sources.

Procéder à un partage, en pareilles circonstances, en appliquant un ratio qui aurait tenu compte du volume entreposé par chacun des appelants aurait été purement arbitraire. En effet, il faut garder à l'esprit que les silos de Meunerie B.L. contenaient du maïs provenant non seulement des appelants, mais de plusieurs autres sources d'approvisionnement, dont celui que Meunerie B.L. achetait auprès de divers producteurs pour ses propres fins ou pour fins de remplacement du maïs des appelants utilisé par elle pour fabriquer de la moulée.

Effectivement, la confusion des grains se trouvant dans les silos à la date de la faillite était telle qu'on ne pouvait offrir aucune garantie qu'ils étaient ceux des appelants. Les biens réclamés n'appartenaient ni à Ferme Laurent Plante, ni à Meunerie B.L., mais ils n'étaient toutefois plus identifiables par les appelants.

1.3 Analyse

En apparence, nous pouvons croire que ces trois arrêts sont contradictoires, étant donné la divergence apparente des décisions sur une même notion de droit. Pour des motifs qui sont propres et distincts aux faits de l'espèce, les juges dans les affaires *Alcools de commerce* et *Meunerie B.L.* ont refusé la revendication de biens fongibles alors que le recours de reprise de possession de tels biens a reçu l'approbation des juges dans l'affaire *Conoco*. Toutefois, en analysant ces trois arrêts, nous constatons qu'ils peuvent être conciliés. Ils reconnaissent qu'une revendication ou une reprise de possession, qu'elle découle des articles 81 ou 81.1 LFI, peut s'appliquer aux biens fongibles. En effet, les trois jugements admettent le principe de permettre aux réclamants de reprendre des biens de même nature, lorsque les biens revendiqués sont des biens fongibles amalgamés exclusivement avec d'autres biens de même genre et lorsque le réclamant peut les identifier comme étant les biens revendiqués en les isolant et les quantifiant exactement.

Il faut cependant mentionner que l'application de cette reprise de possession sur les biens fongibles est un droit d'exception. Ce recours, qui constitue une exception à la règle générale en matière de faillite voulant que les créanciers non garantis se partagent au prorata l'actif du failli, doit être pratiqué sous des contextes particuliers lorsqu'il s'étend à des biens fongibles. En effet, il est généralement reconnu en matière civile que les biens fongibles sont difficiles à revendiquer. Prenons exemple avec le cas de l'argent, qui est le bien fongible par excellence. Louis Payette écrit dans son ouvrage¹⁹:

¹⁹ Payette, L., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, à la p. 221.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

Que survient-il si la somme d'argent se confond subséquemment à d'autres fonds, ou si le débiteur en fait usage ? L'hypothèque disparaît. Le titulaire d'un droit réel ne peut plus exercer son droit lorsqu'il devient impossible d'identifier le bien spécifique sur lequel il portait. Une somme d'argent n'a plus la qualité d'être identifiable lorsqu'elle se mêle à d'autres sommes dans un fonds.

Il ajoute plus loin que cela affecte également les recours de reprise de possession²⁰:

Le dépôt d'une somme d'argent auprès d'une institution financière rend celle-ci propriétaire des fonds déposés et le déposant devient le créancier de cette institution; les fonds déposés se confondent alors dans la masse monétaire de l'institution financière et, ayant perdu son identité, ne peuvent plus faire l'objet de revendication en vertu des articles 733 ou 734 du Code de procédure civile.

Une décision de la Cour du Québec stipule dans le même sens²¹. La juge Suzanne Vadboncoeur est d'avis qu'on ne peut revendiquer de l'argent. En l'espèce, l'argent était déposé dans un compte en fidéicommiss avec celui d'autres clients et ne faisait pas l'objet d'une comptabilité distincte. Il ne suffit pas que la somme soit quantifiable: il faut qu'elle soit clairement identifiable.

Ainsi, il ne suffit pas de prétendre que l'on possède un droit de reprendre un bien qui se veut fongible afin de pouvoir reprendre en remplacement un bien de même nature mélangé avec le bien revendiqué. Il faut pouvoir justifier cette possibilité avec des circonstances spécifiques permettant l'identification requise.

Dans l'arrêt *Alcools de commerce*, deux des trois juges de la Cour d'appel ont reconnu qu'il est possible de reprendre des biens de même espèce en remplacement des biens fongibles revendiqués qui sont confondus avec les biens de même espèce, mais les faits ont démontré que l'alcool saisi ne pouvait être, en raison des impuretés de l'alcool recyclé amalgamé avec l'alcool

²⁰ *Ibid*, à la p. 496.

²¹ *Goldwater, Dubé c. K.D.*, 2006 QCCQ 9739.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

livré et revendiqué, un bien de même nature que l'alcool revendiqué. À défaut d'être des biens fongibles dans le même état, il n'y a donc pas lieu d'appliquer cette possibilité.

Par contre, dans l'arrêt *Conoco*, cette possibilité a été appliquée en raison des sept circonstances particulières établies. Ces dernières ont permis aux juges, après avoir constaté la fongibilité des biens en litige, d'isoler avec exactitude la quantité restante des biens fongibles revendiqués par rapport aux biens du même genre avec lesquels ils sont confondus. Il a été décidé que cette reprise de possession devait cependant s'effectuer selon une proportion déterminée. Cette méthode n'a aucune assise juridique dans le texte de la LFI, mais constitue une approche commerciale raisonnable qui est souvent utilisée en chambre commerciale. Cette approche limitera substantiellement l'efficacité du recours et il est très intéressant de constater que les juges se sont éloignés d'une approche qui aurait fait plus appel à des notions de « trust » dont les derniers biens livrés auraient été l'objet.

La situation est quelque peu différente dans l'arrêt *Meunerie B.L.* La Cour d'appel convient effectivement qu'il est possible de reprendre des biens de même nature en compensation des biens fongibles revendiqués qui sont mélangés avec les biens de même nature et de les identifier comme étant les biens fongibles revendiqués. Toutefois, la réclamation a été instituée sous le régime de l'article 81 LFI en lieu de celui de l'article 81.1 de la même loi. Le recours du propriétaire comporte des minces dissimilitudes comparativement à celui du fournisseur impayé, dont, notamment, l'absence de l'exigence du délai de 30 jours ainsi que la nécessité de démontrer le droit de propriété sur le bien revendiqué et saisi.

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

Le juge Dufresne stipule qu'on peut revendiquer des biens fongibles mais à condition d'être en mesure de les identifier comme étant les siens pour pouvoir les revendiquer. En se distinguant de la décision dans l'affaire *Conoco*, il indique que le principe du prorata entre le Nouveau gazole, un bien impayé, et l'Ancien gazole, un bien payé, toutes deux appartenant toutefois à Port Alice, ne peut être associé au prorata entre le maïs appartenant aux appelants et celui dont la propriété relève des autres fournisseurs, malgré la fongibilité des maïs. Ainsi, l'article 81 LFI requiert un fardeau aussi élevé que l'article 81.1 LFI. Un fournisseur impayé pourra reprendre un bien de même nature que celui qu'il a livré et revendiqué, et un propriétaire pourra reprendre un bien de même espèce qui ne lui appartient pas mais à des conditions très strictes. Afin de pouvoir reprendre des biens de même qualité en remplacement des biens fongibles revendiqués qui sont amalgamés avec les biens de même qualité et de les identifier comme étant les biens fongibles revendiqués, il faudra non seulement établir la fongibilité des biens en question, mais également un droit de propriété sur les biens de même qualité saisis.

Il nous est loisible de croire que le refus de la Cour d'appel du Québec dans *Meunerie B.L.* de laisser les appelants procéder à la revendication des biens fongibles réside dans l'absence des circonstances particulières que l'on retrouvait dans l'affaire *Conoco*. Les transactions frauduleuses effectuées par Ferme Laurent Plante et Meunerie B.L. ont eu pour effet d'empêcher l'isolation avec exactitude des biens fongibles revendiqués par rapport aux biens du même genre avec lesquels ils sont confondus. Cela ne permettait donc pas de déterminer avec certitude la proportion que les appelants peuvent reprendre dans les silos. De surcroît, ces mêmes manœuvres malhonnêtes ont rendu impossible l'identification du lieu précis où se trouvaient les biens des appelants. Or, un droit de revendication selon une proportion sur les biens en général

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

d'une entreprise ne constitue pas une identification. Il faut être en mesure de quantifier la proportion sur un lot de bien précis dans l'entreprise afin de justifier le recours de reprise de possession.

En somme, les débiteurs dans la zone d'insolvabilité ont intérêt à confondre les biens fongibles qui font partie de leurs actifs. Cela empêcherait, d'une part, le créancier qui veut reprendre son bien de le faire avec aisance et relèguerait, d'autre part, dans l'éventualité de l'échec du recours de reprise de possession, ce créancier à titre de simple créancier chirographaire à l'égard du patrimoine de la faillite.

Le même principe s'appliquera aux produits manufacturés identiques qui ne comprennent aucun numéro de série ou marque d'emballage et qui pourraient être réclamés par une identification « imparfaite ».

2. L'AS DU VOLANT

Les responsables du crédit commercial au sein d'une entreprise qui fournit des biens ou services et leurs homologues du service des comptes à payer au sein de l'entreprise-cliente se comportent parfois comme des as du volant, lorsqu'ils doivent circuler à travers les obstacles de la zone d'insolvabilité.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

Leurs communications sont périlleuses, contiennent des omissions souvent volontaires, des demi-vérités et parfois, ne reflèteront pas la plus entière bonne foi dont parlait la Cour suprême dans *Peoples*.²²

Ainsi, lorsque l'entreprise en difficulté ne respecte pas les termes de paiement, ou a excédé la marge de crédit que le fournisseur lui a autorisée, il se déroulera un ballet dans lequel les deux entreprises tenteront de se positionner pour améliorer leurs sorts respectifs. D'une part, l'entreprise doit obtenir des biens et services pour continuer ses opérations et veut limiter l'utilisation de ses maigres liquidités. D'autre part, le fournisseur voudra s'assurer de ne pas augmenter, ou mieux encore, de diminuer sa perte éventuelle, tout en s'assurant de ne pas offusquer son client et de le perdre si l'entreprise survit à son passage difficile dans la zone d'insolvabilité.

2.1 Les modes de paiement du crédit commercial

Une des premières étapes de ce ballet commercial sera l'exigence d'obtenir un paiement sur les comptes en souffrance, en échange d'une nouvelle prestation de biens ou services par le fournisseur. Parfois, le fournisseur se contentera de la confirmation que le chèque lui a été posté pour autoriser la « libération » d'une nouvelle livraison. Plus prudent, il préférera attendre d'avoir reçu le chèque, lorsque, par exemple, le chèque précédent n'a atteint son destinataire qu'après un délai suspect.

L'étape suivante, souvent alimentée par les rumeurs ou les informations reçues d'autres fournisseurs, ou par un refus du banquier de fournir une confirmation bancaire, sera l'exigence

²² Précité, Note 2.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

de recevoir un chèque certifié ou une traite sur livraison. Une telle demande ne sera pas bien vue par le service des ventes et risque souvent de mettre fin à la relation d'affaires entre les deux entreprises. Encore plus lorsqu'à l'étape suivante le fournisseur exige de recevoir le chèque visé ou un transfert bancaire avant la livraison.

Et dans les dernières verges qui précèdent l'insolvabilité, dans la zone rouge, le fournisseur dont les biens et services sont difficiles à remplacer par un produit de même qualité, livré dans les mêmes délais et au même prix, pourra profiter de la situation pour exiger, sur ou, avant livraison, le paiement préalable et certifié qui représente 150% ou 200% de la nouvelle prestation. On est alors très loin du classique « Net 30 jours ».

2.2 Le paiement reçu à l'avance et appliqué à la créance

Une des conséquences de l'obtention d'un paiement reçu avant la livraison est que, pendant un court instant, le niveau de la marge de crédit du fournisseur sera parfois considérablement réduit. La tentation sera alors très forte de ne pas livrer les biens promis, de retirer le crédit en raison de l'insolvabilité appréhendée du client, d'opérer «compensation» avec le dernier paiement et d'espérer pour le mieux quand au solde impayé. En effet, une fois que le fournisseur aura réalisé son coup fourré, reçu les fonds sans livrer les biens, l'entreprise-cliente cessera définitivement de faire affaires avec ce fournisseur et le compte à payer à ce dernier se retrouvera loin sous la pile de ses semblables.

C'est en se comportant comme un as du volant et un habile beau parleur que le responsable du crédit réalisera son coup fourré pour le fournisseur.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

Il est évident qu'un tel paiement, appliqué à la dette ancienne, constituera une préférence annulable si l'entreprise devait déposer une procédure en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* dans les trois mois suivants. L'inquiétude sera moins grande si l'entreprise est plus susceptible de se prévaloir de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*²³, qui ne prévoit pas un tel recours. Même lorsque le paiement est attaquant, les délais et les coûts d'un litige feront souvent en sorte que le syndic n'entreprendra pas le recours. Le risque est donc calculé pour le fournisseur.

2.3 L'imputation des paiements

Parfois, c'est l'entreprise insolvable qui pourra tenter le coup fourré. En effet, pour se prémunir contre l'exercice du droit de reprise du fournisseur impayé qui peut être exercé dans les 30 jours de la livraison²⁴, l'entreprise voudra payer la livraison courante et laisser le vieux solde en souffrance. C'est notamment le cas lorsque les dirigeants de l'entreprise insolvable sont cautions du prêteur d'opération et voudront s'assurer que les inventaires soient « libres » afin de réduire leurs obligations personnelles. Encore une fois, les discussions entre les parties et les indications sur le chèque ou les factures pourront avoir un impact majeur sur les droits respectifs des parties.

Le fournisseur qui reçoit un paiement sur des anciennes factures et fait une livraison équivalente concomitante ne reçoit aucune préférence annulable, car sa situation « nette » demeure en théorie la même. Par contre, s'il peut par la suite exercer son droit de reprise, il en résultera une réduction correspondante de sa perte. En conséquence, le fournisseur devrait toujours insister que le paiement soit imputable à la facture portant la date la plus ancienne.

²³ L.C. c. C-36 (« LACC »).

²⁴ Art. 81.1 LFI, précité page 4.

2.4 Le paiement accepté avec indication

La jurisprudence nous donne une belle illustration des tribulations des « as du volant » du crédit commercial dans la zone d'insolvabilité.

Dans l'arrêt *A. Janin & Cie (Proposition Concordataire de)*²⁵, dont les faits précèdent l'entrée en vigueur de la LFI actuelle, un fournisseur a été condamné à payer au syndic à la proposition un montant représentant un versement fait et reçu avant l'ouverture des procédures pour payer une obligation courante mais qui visait des services pour une période future, à savoir le versement de primes d'assurance. Le créancier avait cherché tardivement à imputer ce paiement aux arrérages dus sur des polices expirées ou en voie de l'être.

Cet arrêt a une importance particulière dans le cadre de relations contractuelles complexes ou multiples qui chevauchent la période qui précède l'ouverture des procédures, la période de l'avis d'intention et la période de la proposition.

Les faits sont assez simples. Janin, une entreprise de construction, avait des difficultés financières et devait 128 000\$ à son courtier d'assurance pour des arrérages de primes. Une entente est intervenue et prévoyait des paiements périodiques pour les arrérages et le paiement des primes de renouvellement dans les 60 jours de l'entrée en vigueur des nouvelles polices. Les nouvelles polices sont alors payées selon l'entente, ainsi que le premier des trois versements convenus sur les arrérages. Le courtier a imputé les paiements selon les indications reçues et conformément à l'entente. Suite au dépôt d'une proposition prévoyant un dividende de 100 cents par dollar, le courtier a tenté de renverser le paiement des nouvelles polices vers le solde

²⁵ *A. Janin & Cie (Proposition Concordataire de)*, J.E. 96-1625, AZ-96011777, C.A. Qué.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

impayé des arrérages et a en conséquence exigé le paiement immédiat des nouvelles polices pour la période à compter de la date de la proposition.

La Cour d'appel a conclu que l'obligation de Janin n'était pas indivisible. Le paiement des sommes d'argent est une obligation divisible par nature. Ainsi, le défaut de paiement des arrérages par Janin n'annulait pas les obligations du courtier résultant du paiement accepté par ce dernier des primes pour les polices actuelles. Quant à la tentative de faire une nouvelle imputation des paiements, elle violait la proposition approuvée par le tribunal. Il est aussi intéressant de noter que le résultat correspond aux effets de l'article 65.1 LFI. Pourtant, on considère cette disposition de droit nouveau en 1992 et elle n'était pas en vigueur au moment du litige. Cette disposition interdit de résilier ou de modifier un contrat en raison, entre autres, des procédures d'insolvabilité :

«Art. 65.1

65.1 (1) En cas de dépôt d'un avis d'intention ou d'une proposition à l'égard d'une personne insolvable, il est interdit de résilier ou de modifier un contrat conclu avec cette personne ou de se prévaloir d'une clause de déchéance du terme comprise dans un tel contrat, au seul motif que la personne en question est insolvable ou qu'un avis d'intention ou une proposition a été déposé à son égard.

Idem

(2) Lorsque le contrat visé au paragraphe (1) est un bail ou un accord de licence, l'interdiction prévue à ce paragraphe vaut également, avec les mêmes modalités, dans le cas où la personne insolvable n'a pas payé son loyer ou ses redevances, selon le cas, ou n'a pas effectué quelque autre paiement de nature semblable à l'égard d'une période antérieure au dépôt de l'avis d'intention ou, à défaut d'avis d'intention, de la proposition.

Idem

(3) En cas de dépôt d'un avis d'intention ou d'une proposition à l'égard d'une personne insolvable, il est interdit à toute entreprise de service public d'interrompre la prestation de ses services auprès de cette personne au seul motif qu'elle est insolvable, qu'un avis d'intention ou une proposition a été déposé à son égard ou qu'elle n'a pas payé certains services rendus, ou du matériel fourni,

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

avant le dépôt de l'avis d'intention ou, à défaut d'avis d'intention, de la proposition.

Exceptions

(4) Les paragraphes (1) à (3) n'ont pas pour effet :

a) d'empêcher une personne d'exiger que soient effectués sans délai les paiements relatifs à la fourniture de marchandises ou de services, à l'utilisation de biens loués ou faisant l'objet d'une licence ou à la fourniture de toute autre contrepartie valable, dans la mesure où pareille fourniture ou utilisation a eu lieu après le dépôt de l'avis d'intention ou, à défaut, de la proposition;

b) d'exiger la prestation de nouvelles avances de fonds ou de nouveaux crédits.

Incompatibilité

(5) Les paragraphes (1) à (3) l'emportent sur les dispositions incompatibles de tout contrat, celles-ci étant sans effet.

(...))»

L'arrêt Janin impose donc une règle, conciliable avec la LFI actuelle, qu'on peut appliquer à des contrats multiples ou successifs entre deux parties: si le créancier a une réclamation prouvable au titre d'un contrat, il ne pourra résilier ou modifier les termes d'un autre contrat pour lequel il a été payé à l'avance.

2.5 Le paiement indiqué à l'avance

Les enseignements de l'arrêt *Janin*²⁶ risquent fort de tenter nos as du volant.

En est-il toujours ainsi d'un paiement simplement indiqué pour des services courants et futurs, lorsque des arrérages demeurent impayés? La réponse sera-t-elle la même si nous sommes en présence d'un seul contrat qui prévoit plusieurs paiements?

²⁶ Précité, Note 25.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

Chaque situation de fait sera différente, mais il faut certainement mettre en garde le fournisseur contre l'acceptation d'un paiement pour des services à venir lorsque des arrérages demeurent impayés à quelque titre que ce soit. Ainsi, si un fournisseur a une créance de 100\$ et reçoit 25\$ à l'avance pour des services futurs, en situation de faillite et en application des règles de compensation du paragraphe 97(3) LFI, il n'aura normalement qu'une réclamation nette de 75\$ en cas de faillite. À tout le moins, les gens d'affaires vont considérer que leur risque de crédit est alors de 75\$, car il y aura déchéance du terme et le fournisseur n'aura jamais à rendre les services pour 25\$ supplémentaire. Tout au plus, le fournisseur aura une réclamation de 100\$ si la faillite survient après la prestation de ces services.

La situation devrait être la même en cas d'avis d'intention et de proposition, le paragraphe 97(3) LFI s'appliquant aux propositions en vertu du paragraphe 62 (1.1) LFI. Or, si l'entreprise dépose un avis d'intention, le fournisseur devra-t-il fournir les services pour 25\$ et réclamer 100\$ dans la proposition ou une faillite éventuelle?

2.5.1 Application de la définition de réclamation de l'article 121 LFI au paragraphe 62 (1.1) LFI.

La définition de ce qui constitue une réclamation prouvable au paragraphe 121(1) LFI en cas de faillite s'applique à une proposition.²⁷

À ce sujet, Houlden et Morawetz écrivent :

“By s. 62(1.1), where an insolvent person makes a proposal, the time for determining the claims of creditors is the time of filing : (a) the notice of intention; or (b) the proposal, where no notice of intention was filed. In the case

²⁷ Houlden & Morawetz, *The 2007 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Thomson Carswell, Toronto, 2006, p. p. 270; voir aussi *Metrocan Leasing Ltée c. François Nolin Ltée* [1984] C.A. 505.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

of a proposal made after bankruptcy, the governing date is the date of bankruptcy.”²⁸

En principe, le fournisseur dans notre exemple aurait une réclamation nette de 75\$.

La situation se complique si on tente de concilier l'interdiction de modifier le contrat contenue au paragraphe 65.1(1) LFI et le droit d'exiger le paiement intégral des services rendus après l'avis d'intention du paragraphe 65.1(4) LFI. D'une part, l'interdiction de modifier force le fournisseur à rendre les services. D'autre part, le paragraphe 6.5.1(4) LFI lui donne le droit d'exiger paiement pour ces services.

2.5.2 Interprétation du paragraphe 65.1 (4) LFI par les tribunaux

Le but de l'article 65.1 LFI a été énoncé par la Ontario Court of Justice :

“The whole purpose of section 65.1 is to strike a balance between the interest of suppliers who are required to continue to critical goods to the debtor and the ability of the debtor to continue to carry on business and to affect a reorganization or some sort of salvage operation to allow the business to continue in one form or another.”²⁹

À propos du paragraphe 65.1(4) LFI, Houlden et Morawetz écrivent:

“By s. 65.1(4), nothing in s. 65.1(1) prohibits a creditor from requiring immediate payment for goods or services provided after the filing of a notice of intention or proposal. Accordingly, although a supplier of product must continue to supply product to the debtor, it can demand that it be paid on a C.O.D. basis. There is no power in the court to require a supplier to continue to supply products solely on the basis of security provided by the debtor.”³⁰

²⁸ Houlden & Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, Thomson Carswell, Toronto, 2007, page 2-170.3.

²⁹ *HSBC Bank Canada (Applicant and Tri-Tec Industries Ltd. et al. (Respondents)*, 2006 CarswellOnt 3174, paragraphe 2.

³⁰ Note 28, section E 20.2.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

Ils continuent:

“Although, after the filing of a notice of intention or a proposal, no person may terminate or amend any agreement with the debtor, a creditor is not required to make a further advance of money or credit.”³¹

L'affaire de la *Proposition concordataire de Forexco Financial Services 2000 Ltd/Services financiers Forexco 2000 Ltée*³² est un exemple d'application du paragraphe 65.1 (4) LFI en droit québécois. Dans cette affaire, la Cour supérieure condamne le locataire au paiement du loyer échu depuis la date du dépôt de l'avis d'intention de faire une proposition et accorde la résiliation du bail. En effet, selon la Cour, les paragraphes 1 à 3 de l'article 65.1 LFI concernant l'interdiction de demander la résiliation du bail ne peuvent être invoqués lorsque le non-paiement et l'utilisation du local ont lieu après le dépôt de l'avis d'intention ou de la proposition.

Il est difficile de tirer une conclusion, mais une entreprise ne devrait pas tirer avantage d'un paiement simplement indiqué à l'avance à l'encontre d'un fournisseur. Les règles de la bonne foi s'y opposent. Par contre, l'acceptation par le fournisseur d'un tel paiement à l'avance pourrait être retenu contre lui.

2.5.3 Imputation de paiement

La situation d'un simple contrat de fourniture pourrait être différente de celle qui implique un compte courant assorti d'un crédit commercial.

On peut se référer à ces extraits concernant les comptes courants :

³¹ *Ibid.* voir aussi *Re Com/Mit Hitech Services Inc.* (1997), 47 C.B.R. (3d) 182.

³² *Proposition concordataire de Forexco Financial Services 2000 Ltd/Services financiers Forexco 2000 Ltée*, J.E. 96-659 (C.S. 1996-02-09).

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

« Lorsqu'il existe un système de compte courant entre le débiteur et le créancier, l'opération ne s'analyse pas comme un véritable paiement. Par le truchement d'un compte courant, la créance reste indivisible et constitue un tout, les paiements effectués n'ayant pour effet que de maintenir la marge de crédit. »³³

« La doctrine régissant les comptes courants commerciaux déroge à celle de l'imputation des paiements et, dans l'espèce, elle rend inacceptable l'argument selon lequel la défenderesse soutient qu'elle a par ses paiements acquitté le coût d'ouvrages spécifiques. »³⁴

En effet, si le fournisseur rend les services ou fournit les biens dans notre exemple ci-dessus, et qu'une faillite suit la proposition, il aura livré 25\$ de biens supplémentaires sans recevoir de nouveaux paiements et verra sa créance passer pendant l'avis d'intention à 100\$ au lieu de 75\$. Le résultat net est l'équivalent de donner crédit à l'entreprise insolvable pendant l'avis d'intention.

Pour éviter cette situation et puisqu'il n'est pas possible de contracter valablement pour écarter les effets de l'article 65.1 LFI, le fournisseur devra donc toujours refuser de recevoir un paiement identifié ou indiqué comme étant fait à l'avance lorsque des arrérages sont impayés.

3. LE VÉHICULE PRIORITAIRE

Dans la zone d'insolvabilité, tous les moyens sont bons pour obtenir un avantage, une préférence ou une priorité sur les autres créanciers. Pour se trouver au volant d'un véhicule prioritaire et griller le feu rouge, certains emploieront des moyens licites, d'autres utiliseront des astuces qui le sont moins. Dans les deux cas, ce sont les autres créanciers qui pourront se considérer victimes d'un coup fourré.

3.1 Le paiement indirect volontaire

³³ *Banque Laurentienne du Canada c. Boisclair*, J.E. 2000-1721, page 9 (C.S. Qué).

³⁴ Précité, Note 33.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

Parlons d'abord du moyen illicite, auquel sont confrontés les spécialistes de l'insolvabilité. Il est difficile à détecter et encore plus difficile à réprimer.

Dans ce scénario, l'entreprise insolvable doit de l'argent à un fournisseur et cette même entreprise insolvable a, par ailleurs, des comptes à recevoir dus par des tiers. Lorsqu'il existe une certaine complicité entre ces trois personnes, résultant de liens familiaux, communautaires, d'amitié ou d'affaires, nous avons en place les éléments d'un stratagème de « paiement indirect volontaire ».

Le fournisseur «C», avec l'accord exprès ou tacite de l'entreprise insolvable «B», s'adressera directement au tiers-débiteur «A» pour obtenir paiement de sa créance. L'argument du fournisseur est le suivant : le client «A» doit un montant à l'entreprise «B», l'entreprise «B» doit un montant au fournisseur «C» en conséquence le client «A» peut payer le fournisseur «C» directement. La collaboration du tiers-débiteur «A» est nécessaire, car le compte à recevoir apparaît toujours aux livres comptables de «B», ce qui fait en sorte que le syndic à la faillite de «B», ou un créancier garanti ou séquestre qui tente de percevoir les comptes, en demandera le paiement. En conséquence, le stratagème est accompagné d'une défense de «A» qui nie avoir reçu les biens, ou invoque un quelconque défaut ou retard que les officiers de «B», l'entreprise insolvable, ne contesteront pas. Parfois, une note de crédit aura été émise par «B».

Le fournisseur obtient donc d'un tiers, donc indirectement, le paiement de sa créance en préférence aux autres créanciers de l'entreprise insolvable.

3.2 Le paiement indirect involontaire ou la cession de créance à une société liée

Un moyen plus licite d'obtenir cette priorité sur les autres fournisseurs est illustré dans l'affaire *Raymond Chabot Inc. c. Publications Transcontinental Inc. et Imprimerie Transcontinental Inc.*³⁵

Les relations commerciales complexes qui impliquent des conglomérats diversifiés sont de plus en plus fréquentes en affaires. Il ne sera pas rare que plusieurs sociétés soient fournisseurs et clients d'une même entreprise. Il sera aussi fréquent que des sociétés liées entre elles soient fournisseur d'une part et client d'autre part d'une entreprise qui entre dans la zone d'insolvabilité.

Les prêteurs commerciaux, et en particulier les prêteurs sur actifs à court terme (comptes à recevoir et inventaires) sont bien au fait des risques que cette situation comporte sur la valeur de réalisation des comptes à recevoir. Ils prendront donc une réserve pour les « *contras* », c'est-à-dire la possibilité qu'un tiers-débiteur soit en position d'invoquer ou d'opérer compensation. La liste des clients est alors comparée à la liste des fournisseurs. Mais ce n'est pas suffisant.

Il sera beaucoup plus difficile de se protéger contre la situation de cession de créances illustrée par l'affaire *Transcontinental*. On ne verra pas venir le coup fourré qui traversera en toute impunité la zone d'insolvabilité.

Dans cette affaire, le syndic de faillite réclame le paiement d'un compte à recevoir dû à la compagnie faillie par Publications Transcontinental Inc. (« Publications »). Or, Publications s'est

³⁵ *Raymond Chabot Inc. c. Publications Transcontinental Inc. et Imprimerie Transcontinental Inc.*, 500-17-008111-000, le 11 novembre 2004, J. Hurtubise (C.S. Qué).

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

fait cédé par Imprimerie Transcontinental Inc. (« Imprimerie ») un compte à recevoir de cette dernière d'un montant équivalent dû par la compagnie faillie. Comme l'indiquent les dénominations sociales, le lecteur averti présumera de l'existence d'un lien corporatif... Publications oppose donc au syndic la compensation légale sur la base de la créance due par la faillie à Imprimerie, maintenant cédée et payable à Publications.

Il est évident qu'acheter un compte à recevoir dû par un insolvable à sa pleine valeur ne peut se concevoir entre sociétés traitant à distance. Il en est autrement de sociétés liées qui n'ont à cœur que l'intérêt de l'actionnaire commun.

Dans l'affaire *Transcontinental*, la cession de créance a été faite et signifiée à la compagnie débitrice trois jours après qu'elle ait donné à Publications avis de cessation de ses activités. Cinq jours plus tard, l'entreprise débitrice fait faillite. La Cour rejette l'action et élabore son raisonnement sur huit points :

i) La cession de créance

La cession de créance est complète et opposable en vertu des articles 1637 et 1641 C.c.Q. La considération a été réellement payée quelques mois plus tard entre les deux sociétés Transcontinental.

ii) La compensation

Les conditions de liquidité, de réciprocité et d'exigibilité des créances prévues aux articles 1672 et 1673 C.c.Q. sont rencontrées.

iii) La LFI et la compensation

Le paragraphe 97(3) LFI autorise la compensation, même après la faillite, même s'il en résulte une préférence qui modifie l'ordre de priorité de faillite en faveur du créancier.

iv) L'exception pour les préférences frauduleuses

L'article 1631 C.c.Q. et l'article 95 LFI nécessitent l'intervention ou l'intention du débiteur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. L'intention du créancier et sa connaissance sont sans importance.

v) Le conflit opérationnel

Le juge ne voit aucun conflit opérationnel entre le Code civil et la LFI car la compensation s'est opérée de plein droit avant la faillite.

vi) Le droit à l'évasion

Le juge reconnaît à Imprimerie et Publications le droit à l'*évasion* (évitement).

vii) Absence de réciprocité

La cession n'empêche pas la réciprocité requise pour la compensation car il s'agit d'une cession parfaite.

viii) Procédure et prescription

Le syndic plaidait que le cumul de la cession et de la compensation était révisable ou annulable, mais sa procédure était une simple action sur compte.

Les sociétés du groupe Transcontinental ont donc agi avec diligence pour améliorer leur sort global, au détriment de la masse. Compte tenu de la présence fréquente de créanciers garantis, de l'absence d'intérêt du syndic et des frais, le stratagème est efficace et son annulation nécessite l'intervention du syndic et une preuve dont le fardeau est élevé.

Par ailleurs, il sera pratiquement impossible d'identifier les liens corporatifs qui unissent, en tout ou en partie, les fournisseurs (créanciers) et les clients (débiteurs) d'une entreprise insolvable. Les prêteurs sur actifs feront donc face à plusieurs coups fourrés de ce type lors de la prochaine récession.

4. L'INCREVABLE

Le dernier coup fourré de cette présentation est l'incroyable, qui représente bien la persévérance, l'assiduité et l'imagination des tentatives répétées des fournisseurs pour obtenir un traitement plus favorable de la part de l'entreprise insolvable. La jurisprudence illustre ces efforts, non pas « au bord de l'insolvabilité » mais lorsque les procédures sont ouvertes.

Le stratagème consistera alors à obtenir des biens et services de l'entreprise insolvable, pendant l'avis d'intention ou la période de proposition ou d'arrangement, et à ne pas les payer afin d'être en mesure d'opposer compensation avec la réclamation prouvable qui existait antérieurement, le

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

tout dans l'éventualité d'une faillite subséquente. Et nos tribunaux ont permis cette astuce et lui ont donné effet.

Il faut tout d'abord analyser les règles de la compensation applicables en cas de faillite et de proposition.

4.1 Applicabilité du paragraphe 97 (3) LFI dans le cas d'une proposition

Le paragraphe 97(3) LFI se lit comme suit :

«**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.»

Manifestement, la disposition envisage la compensation en fonction de la date de la faillite qui est le moment auquel sont établies les réclamations prouvables et les créances de l'actif. Mais le paragraphe 97(3) LFI s'applique aussi en matière de propositions. Un extrait d'un jugement de la Ontario Court of Justice illustre bien ce principe :

« Section 97(3) of the Bankruptcy and Insolvency Act specifically preserves the right of setoff in respect of all claims made against the estate of the bankrupt and section 66(1) makes this provision applicable to Proposals under the BIA.”³⁶ »

Dans cette affaire, le demandeur, Cellular World, qui avait déposé un avis d'intention, a demandé à la Cour d'interdire au défendeur, Cantel, d'opérer compensation contre des montants dus à la date de l'avis d'intention et d'ordonner à Cantel de continuer à fournir au demandeur des biens à crédit. La Cour a refusé la requête.

³⁶ 728835 *Ontario Ltd., c.o.b.. Cellular World, (Re)*, 3 C.B.R. (4th) 211, au par. 4, [1998] O.J. N° 1980 (Ont. S.C.J.), confirmé en appel à 3 C.B.R. (4th) 214.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

Au sujet de la compensation des dettes qui existaient lors de l'avis d'intention, mais n'étaient pas exigibles, elle écrit :

“There is no question that as of May 1, 1998 (the date Cellular World filed its Notice of Intention to make a Proposal) there were mutual debts in existence. It is immaterial that one of the debts may not actually have been payable until after the date of the Notice of Intention to file a Proposal since both debts were in existence as of that date. [...] In view of section 97(3) and because the mutual debts in question here existed prior to the date of the Notice of Intention to file a Proposal, Cantel may assert rights of setoff.”³⁷

Ainsi, malgré la présence d'un terme de paiement et malgré l'interdiction de modifier un contrat du paragraphe 65.1(1) LFI et la suspension des recours du paragraphe 69(1) LFI, le tribunal reconnaît que la notion de déchéance de bénéfice du terme, qui est implicite à la définition de « réclamation prouvable » du paragraphe 121(1) LFI, fait en sorte que la compensation s'applique à la date de l'avis d'intention entre ce qui est dû à l'entreprise insolvable et la réclamation prouvable, même non-exigible.

Au sujet de la continuation de fourniture de produit, elle écrit:

“Accordingly, in the face of the Notice of Intention to file a Proposal, Cantel is obliged to continue its contracts for the supply of product but it can demand that it be paid on a C.O.D. basis. There is no power in the Court to require that Cantel continue to provide a product solely on the basis of security provided by the debtor.”³⁸

La Cour d'appel du Québec a également appliqué le paragraphe 97(3) LFI en matière de proposition dans l'affaire *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée.*³⁹

³⁷ Précité note 36, paragraphes 4-6.

³⁸ Précité note 36, paragraphe 8.

³⁹ *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée*, [1998] R.J.Q. 2686.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

En ce qui concerne la compensation au Québec sous le régime de la LFI, la Cour suprême, dans *D.I.M.S. Construction Inc. (Syndic de) c. Québec*⁴⁰ a précisé que celle-ci devait avoir lieu selon les règles du droit civil québécois :

« [...] il est clair qu'il faut appliquer le par. 97(3) LFI au Québec en ayant recours aux règles du droit civil et non à celles de la common law. La compensation en equity ne peut palier l'inapplication de la compensation du droit civil et ne peut être introduite au Québec par le par. 97(3) LFI. Le droit supplétif au Québec est le droit civil québécois et plus spécifiquement ici, les règles sur la compensation prévues au C.c.Q. »⁴¹

Ayant maintenant déterminé comment s'applique la compensation en cas de proposition et en cas de faillite, il faut vérifier si la compensation s'appliquera de la même manière si la faillite est précédée d'un avis d'intention ou d'une proposition.

4.2 La compensation avec des créances postérieures à l'avis d'intention

En principe, les relations entre l'entreprise insolvable et ses clients relèvent souvent de transactions successives et individuelles qui constituent à chaque fois un nouveau contrat. Parfois, ces relations sont encadrées par des ententes verbales ou tacites et les clients, même insatisfaits d'apprendre que leur fournisseur est insolvable, seront dans l'incapacité de le remplacer immédiatement. Ces relations avec les clients suivront donc leurs cours pendant la période de restructuration. Les clients sont évidemment libres de faire affaires avec la personne de leur choix et pourraient très bien cesser de s'approvisionner auprès de l'entreprise insolvable. Il sera parfois essentiel de déterminer dans quelle mesure l'entreprise insolvable pourra conserver sa clientèle pour établir les budgets et états de liquidités nécessaires à la préparation de

⁴⁰ *D.I.M.S. Construction Inc. (Syndic de) c. Québec*, [2005] 2 R.C.S. 564, 2005 CSC 52.

⁴¹ Paragraphe 64.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

la proposition ou du plan d'arrangement. Dans ce contexte, l'entreprise insolvable se doit donc de réaliser des ventes à tout prix pour compenser avec les pertes inévitables de clientèle.

La situation sera d'autant plus complexe si certains clients de l'entreprise insolvable sont également ses fournisseurs et créanciers. Dans un tel cas, ils pourront invoquer le bénéfice de la compensation à la date de la faillite. Il en sera de même si le fournisseur est créancier par le biais d'entités juridiques distinctes d'un même groupe de sociétés⁴², s'il y a cession de créance avant la faillite. Les mêmes principes de compensation s'appliquent pour les créances existant à l'ouverture des procédures de proposition, laquelle est en général la date du dépôt de l'avis d'intention de faire une proposition.

4.3 Le paiement direct involontaire

La gestion des comptes à recevoir d'une entreprise en restructuration est devenue particulièrement complexe au Québec en raison de quelques décisions récentes de la Cour d'appel en matière de compensation. En effet, si la compensation entre les sommes à recevoir et les sommes à payer ne pose pas de problèmes à la date de la faillite ou à la date de l'ouverture des procédures de proposition, il en est autrement de la compensation entre les sommes à payer à l'ouverture et les sommes à recevoir par l'entreprise insolvable pour la période subséquente. Il est très difficile pour une entreprise dans une situation critique d'insolvabilité de s'assurer que ses clients ne sont pas aussi des créanciers, entre autres, en raison des multiples variations de raisons sociales utilisées dans les transactions de tous les jours. Est-ce que 12345678 Canada est ABC ou ABC Inc. ou la division DEF mentionnée à la facture ? Ce nouveau client peut-il cacher

⁴² *Raymond Chabot Inc. c. Publications Transcontinental Inc. et Imprimerie Transcontinental Inc.* précité Note 35.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

un créancier antérieur à l'avis d'intention? Difficile de le savoir pour le personnel des ventes, des comptes à payer et des comptes à recevoir.

La règle simple voudrait que la compensation s'opère à la date d'ouverture des procédures entre sommes à recevoir et sommes à payer à ce moment et qu'un client ne puisse profiter de services qui lui sont rendus par la débitrice pendant la restructuration pour acquitter sa réclamation prouvable en préférence sur les autres créanciers, en raison d'une interprétation raisonnable du paragraphe 97(3) LFI. C'est ce qu'avait décidé le juge Barakett dans *Industries Davie Inc.*⁴³

Dans cette affaire, la Couronne tentait d'opérer compensation entre, d'une part, sa réclamation pour TPS et TVQ antérieure à l'avis d'intention et impayée et, d'autre part, les remboursements de TPS et TVQ que la Couronne devait à l'entreprise insolvable pendant l'avis d'intention. La Cour a considéré qu'il s'agissait d'un recours suspendu par le paragraphe 69(1) LFI et que la Couronne ne pouvait en conséquence opérer compensation.

Par contre, un second jugement du 11 décembre 1998 du Juge Barakett a été renversé en appel le 11 janvier 2000. Dans ce cas, la Couronne fédérale voulait payer des retenues à la source (faites sur les salaires et qui ne lui avaient pas été remises à la date de l'avis d'intention) avec le montant qu'elle devait pour des travaux faits par le chantier Industries Davie sur le navire HMCS Iroquois, pendant l'avis d'intention. La Cour d'appel a autorisé la compensation.

⁴³ *Industries Davie Inc. (Groupe Mil Inc.)*, JE-99-664, mais voir aussi JE-99-665, renversé en appel REJB 2000-15884.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

Houlden et Morawetz écrivent:⁴⁴

«It is customary in a proposal to provide that creditors dealing with the debtor after the filing of a notice of intention or a proposal shall have no right of set-off for goods or services purchased by them from the debtor after the date of the filing of the notice of intention or the proposal if no notice of intention was filed. This is done to prevent creditors from purchasing goods from the debtor and claiming a right of set-off against the amount owing to them by the debtor. Even if such a term is not contained in a proposal, it would appear that there is no right of set-off, since if such a set-off were allowed, it would be a fraud on the bankruptcy law: *Re Cobourg Felt Hat Co.* (1925), 5 C.B.R. 622 (Ont. S.C.).»

Pourtant, dans les affaires *Ville de St-Léonard*⁴⁵, *D'Auteuil*⁴⁶, et *Industries Davie*⁴⁷, la Cour d'appel a permis la compensation entre une réclamation prouvable à la date d'ouverture et une somme à recevoir due à la débitrice pour services rendus pendant l'avis d'intention⁴⁸. Dans *Industries Davie*, le juge Gendreau écrit au paragraphe 24:

«Dans la Ville de St-Léonard et d'Auteuil, précités, nous avons décidé qu'il y avait compensation dès que les dettes étaient réciproques et existaient au moment de la faillite ; de même, elle trouvait application si les dettes étaient nées durant la période de la proposition ou de l'avis d'intention lorsque le débiteur était en affaires et que les dettes étaient relatives à leur conduite. »

Ces décisions donnent donc ouverture au paiement direct involontaire par l'entreprise insolvable d'une réclamation autrement prouvable. Les conséquences sont les mêmes que le stratagème de paiement indirect involontaire dont nous avons discuté à la section 3.2 et dans lequel la compensation est précédée d'une cession de créances entre sociétés liées.

⁴⁴ Précité note 28 à E-20.

⁴⁵ *Ville de St-Léonard c. 2925-2802 Québec Inc.*, J.E. 98-2341 (C.A. Qué.).

⁴⁶ *D'Auteuil (syndic de) et Mallette Benoit c. Motokov Canada*, J.E. 99-864 (C.A. Qué.).

⁴⁷ *Industries Davie Inc. (Proposition de)*, REJB 2000-15884 (C.A. Qué.) (« Industries Davie »). Demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 27799, le 14 septembre 2000.

⁴⁸ Boucher, B., L'exercice de la compensation en matière de faillite : un droit en évolution constante, Association du Barreau Canadien, 10 octobre 2007.

4.4 Préférence frauduleuse

Le paragraphe 97(3) LFI contient une réserve qui restreint l'application de la compensation lorsqu'elle a pour effet de créer une préférence frauduleuse. Ainsi, le cas d'un débiteur qui ferait un prêt à son créancier, dans les trois mois précédant la faillite, dans le seul but de permettre au créancier d'opérer compensation, constitue un exemple classique de l'application de cette réserve.

On peut aussi penser que cette réserve s'applique au paiement direct involontaire, c'est-à-dire à la compensation qui résulte de l'achat de biens et services pendant l'avis d'intention, par un créancier dans le but de pouvoir opposer compensation au débiteur avec la créance antérieure à l'avis d'intention. Cependant, en l'absence d'intention du débiteur, un élément essentiel d'une attaque sur la validité d'un paiement, il faudra chercher plus loin l'explication. Résumons la situation :

- si deux dettes mutuelles existent à la date de l'avis d'intention, les paragraphes 97(3) et 66(1) et l'article 121 LFI autorisent le recours à la compensation;
- si deux dettes mutuelles existent à la date de la faillite, le paragraphe 97(3) LFI autorise la compensation, sous réserve des préférences frauduleuses;
- si deux dettes mutuelles sont nées pendant l'avis d'intention, les règles du droit civil permettent la compensation lorsque la proposition suit son cours;
- si deux dettes mutuelles sont nées pendant l'avis d'intention (après l'ouverture de la faillite) mais que survient une faillite, le paragraphe 97(3) permet la compensation;

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

- si la créance du créancier est une réclamation prouvable dans une proposition (donc antérieure à l'avis d'intention) et si la créance du débiteur insolvable est née après l'avis d'intention, la proposition ratifiée interdira la compensation⁴⁹;
- si la créance du créancier est une réclamation prouvable dans une proposition (donc antérieure à l'avis d'intention) et si la créance du débiteur insolvable est née après l'avis d'intention et que survient une faillite, doit-on déterminer le droit de compensation à l'ouverture de la faillite (avis d'intention) ou à la date de la faillite (date de mise en faillite)? La première solution empêche le créancier d'être préféré. La seconde lui permet d'avoir obtenu paiement partiel de sa réclamation prouvable.

Dans *DIMS Construction* la Cour suprême écrit :

48. En droit civil, la compensation ne peut cependant plus être opposée si les droits des tiers sont affectés (art. 1681 C.c.Q.). Permettre la compensation serait autoriser un créancier à être payé en entier pour sa créance à même la dette qu'il entretient envers le débiteur. Si des tiers ont acquis des droits avant l'opération de la compensation, elle est donc prohibée.

Est-ce qu'on ne peut pas conclure que les droits des créanciers dans une faillite éventuelle sont affectés par la compensation opérée pendant l'avis d'intention en faveur d'un créancier à la proposition. En d'autres termes, le droit de compensation ne doit-il pas être suspendu pour éviter une fraude à la loi sur la faillite ?

Malgré cette jurisprudence uniforme qui permet la compensation entre une réclamation prouvable dans la proposition et des services fournis par l'entreprise insolvable lorsque survient une faillite, les conséquences négatives de cette conclusion demeurent

⁴⁹ Même si ce n'est pas le cas, la conclusion contraire serait une fraude à la faillite.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

inacceptables. En effet, on pourrait devoir en conclure qu'un conseiller juridique raisonnablement prudent et avisé serait tenu d'aviser son client, fournisseur d'une entreprise insolvable en proposition, d'obtenir des biens et services à crédit afin de réduire au maximum sa réclamation prouvable en cas de faillite. Dans l'hypothèse où il n'y a pas de faillite et que la proposition est acceptée par les créanciers, ratifiée par le tribunal et interdit la compensation, le fournisseur n'en sera pas plus mal, ayant obtenu une contrepartie équivalente pour les biens et services ainsi acquis.

Si plusieurs fournisseurs se comportent ainsi, il ne restera que peu de compte à recevoir pour le syndic de faillite et le prêteur d'opération. Le crédit aux entreprises en restructuration deviendra impossible à obtenir ou à maintenir.

C'est pourquoi nous croyons qu'une solution à la problématique peut se trouver dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction*.

Cette affaire mettait en cause le « cautionnement légal involontaire » imposé au donneur d'ouvrage au Québec pour certaines réclamations de la Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail et de la Commission de la Construction du Québec à l'égard d'un sous-traitant.

La législation et le C.c.Q. prévoient une subrogation légale en faveur du donneur d'ouvrage qui effectue le paiement dans les droits de la Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail et de la Commission de la Construction du Québec C contre le sous-traitant. Comme le donneur d'ouvrage est généralement débiteur du sous-traitant/entrepreneur, il est alors en position d'opérer compensation avec la créance dans laquelle il est subrogé.

Cession de créance, compensation et autres astuces à utiliser dans la zone d'insolvabilité

Le Juge Deschamps analyse par la suite trois hypothèses qui impliquent le droit à la compensation prévu par le paragraphe 97(3) LFI. Premièrement, si la subrogation a lieu avant la faillite, les dettes s'éteignent alors mutuellement. Deuxièmement, si la subrogation a lieu avant la faillite mais que la créance n'est pas liquide à ce moment, la compensation pourra toujours s'opérer après liquidation. Troisièmement, par contre, le paiement subrogatoire survenu après la faillite ne peut donner lieu à la compensation.

Selon la Cour, en conjonction avec les articles 121, 136(3) et 141 LFI, le paragraphe 97(3) LFI requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite.

La Cour écarte alors la subrogation puisque cette opération juridique conférerait au subrogé plus de droits que n'en avait le subrogeant. De plus, la compensation ne peut alors opérer au préjudice des tiers.

De la même manière, l'opération juridique d'achat de biens et services, pendant la période de proposition, ne devrait pas conférer plus de droits au fournisseur qu'il n'en aurait dans le cadre de la proposition. Il n'a pas alors droit à la compensation. La faillite subséquente ne devrait pas alors lui accorder des droits au préjudice des autres créanciers.

CONCLUSION

Une des constatations étonnantes pour un praticien de l'insolvabilité est de voir l'imagination, l'agressivité et les moyens mis en œuvre par les fournisseurs et les entreprises pour réaliser leurs coups fourrés. Ces coups offensent parfois notre vision de l'insolvabilité et constituent pour nous une «fraude à la loi sur la faillite».

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

Mais il est encore plus étonnant d'apprendre que les auteurs de ces coups fourrés n'ont aucun scrupule ni remord face à leurs actes. Bien au contraire, ils sont désabusés face au système et considèrent que c'est la faillite elle-même qui est un coup fourré et que cela justifie et excuse tous leurs efforts pour s'en sortir et diminuer leurs pertes.

**Cession de créance, compensation et autres astuces
à utiliser dans la zone d'insolvabilité**

JURISPRUDENCE CITÉE

NOTE DE BAS DE PAGE

- *728835 Ontario Ltd., c.o.b.. Cellular World, (Re)*, 3 C.B.R. (4th) 211, au par. 4, [1998] O.J. N° 1980 (Ont. S.C.J.) 36
- *728835 Ontario Ltd., C.O.B. Cellular World, (Re)*, 3 C.B.R. (4th) 214, [1998] O.J. 2272 (Ont. C.A.); 36
- *A. Janin & Cie (Proposition Concordataire de)*, J.E. 96-1625, AZ-96011777, C.A. Qué; 25
- *Alcools de commerce Inc. c. Corp. De produits chimiques de Valleyfield Inc. et Trust Général du Canada*, [1985] C.A. 686 ; 11
- *Banque Laurentienne du Canada c. Boisclair*, J.E. 2000-1721; 33
- *Bruce Agra Foods Inc. v. Proposal of Everfresh Beverages Inc. (Receiver of)* (1996), 45 C.B.R. (3d) 169 (O.C.J. Gen. Div.); 16
- *Com/Mit Hitech Services Inc.* (1997), 47 C.B.R. (3d) 182; 31
- *D'Auteuil (syndic de) et Mallette Benoit c. Motokov Canada*, J.E. 99-864 (C.A. Qué.) ; 46
- *D.I.M.S. Construction Inc. (Syndic de) c. Québec*, [2005] 2 R.C.S. 564, 2005 CSC 52; 40
- *Frigidaire Corp. c. Duclos* (1931), 52 B.R. 91 ; 10
- *Goldwater, Dubé c. K.D.*, 2006 QCCQ 9739 ; 21
- *HSBC Bank Canada (Applicant and Tri-Tec Industries Ltd. et al. (Respondents)*, 2006 CarsellOnt 3174; 29
- *Industries Davie Inc. (Groupe Mil Inc.)*, JE-99-664; 43
- *Industries Davie Inc. (Groupe Mil Inc.)* JE-99-665, renversé en appel REJB 2000-15884 ; 43
- *Industries Davie Inc. (Proposition de)*, REJB 2000-15884 (C.A. Qué.) ; 47
- *Mercure c. Philippe Beaubien et Cie Ltée*, [1966] B.R. 413 ; 10
- *Metrocan Leasing Ltée c. François Nolin Ltée* [1984] C.A. 505; 27

JURISPRUDENCE CITÉE (SUITE)

NOTE DE BAS DE PAGE

- | | |
|--|----|
| ➤ <i>Meunerie B.L. inc. (Syndic de)</i> , 2007 QCCA 1601 , 38 C.B.R. (5th) 1, 2007 CarswellQue 10761; | 17 |
| ➤ <i>Northen Fur Co. Ltd. c. Hart</i> (1921), 22 R.P. 424; | 10 |
| ➤ <i>Peoples Department Stores Inc. (Syndic de) c. Wise</i> [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68; | 2 |
| ➤ <i>Port Alice Specialty Cellulose Inc. (Trustee of) v. ConocoPhillips Co.</i> (2005), 254 D.L.R. (4 th) 397 (B.C.C.A.); | 13 |
| ➤ <i>Proposition concordataire de Forexco Financial Services 2000 Ltd/Services financiers Forexco 2000 Ltée</i> , J.E. 96-659 (C.S. 1996-02-09); | 32 |
| ➤ <i>Raymond Chabot Inc. c. Publications Transcontinental Inc. et Imprimerie Transcontinental Inc.</i> , 500-17-008111-000, le 11 novembre 2004, J. Hurtubise (C.S. Qué.); | 35 |
| ➤ <i>Stokes Building Supply Ltd.</i> (1994), 30 C.B.R. (3d) 36 (Nfld. & Lab. S.C.); | 16 |
| ➤ <i>Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée</i> , [1998] R.J.Q. 2686; | 39 |
| ➤ <i>Thomson Consumer Electronics Canada Inc. v. Consumers Distributing Inc. (Receiver of)</i> (1999), 5 C.B.R. (4th) 141, 170 D.L.R. (4th) 115 (Ont. C.A.); | 16 |
| ➤ <i>Valco Métal (1979) Ltée c. Poissant, Richard et Associés</i> , [1990] R.J.Q. 2881 ; | 10 |
| ➤ <i>Ville de St-Léonard c. 2925-2802 Québec Inc.</i> , J.E. 98-2341 (C.A. Qué.) ; | 45 |

DOCTRINE CITÉE

- | | |
|--|----|
| ➤ Boucher, B., L'exercice de la compensation en matière de faillite : un droit en évolution constante, Association du Barreau Canadien, 10 octobre 2007; | 48 |
|--|----|

DOCTRINE CITÉE (SUITE)

NOTE DE BAS DE PAGE

- Buttery, M., *Fungible Goods and Section 81.1 of the Bankruptcy and Insolvency Act*, Credit and Banking Litigation P. 560 ; 13
- Crépeau, Paul-A., dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991; 6
- Houlden & Morawetz, *The 2007 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Thomson Carswell, Toronto, 2006, p. p. 270; 27
- Houlden & Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, Thomson Carswell, Toronto, 2007, page 2-170.3; 28
- Lafond, Pierre-Claude, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal (Qc), Éditions Thémis, 2007, aux pp. 137-138 ; 6
- Lamontagne, Denys-Claude, *Biens et propriété*, 5^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, aux pp. 22-23 ; 6
- Payette, L., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, à la p. 221. 19
- *Petit dictionnaire éclectique des termes d'escrime*, Lombart@synec-doc.be, version 3.2 – novembre 2005, compilation diffusée librement à www.synec-doc.be/escrime/dicol. 1
- Reid, Hubert, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal (Qc), Wilson & Lafleur Ltée, 2001, à la p. 63 ; 6
- Slavens, A., *Directors and creditors in the «Zone of Insolvency»*, *National Creditor/Debtor Review, Lexis Nexis, Vol. 22, N.4. p. 37.* 3