

La Revue juridique Thémis

Volume 39, numéro 3 (2005)

On peut se procurer le présent ouvrage à:

Les Éditions Thémis
Faculté de droit, Université de Montréal
C.P. 6128, Succ. Centre-Ville
Montréal (Québec) H3C 3J7
Canada

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

Internet : www.themis.umontreal.ca

Téléphone : (514) 343-6627

Télécopieur : (514) 343-6779

Les pages du



**Centre de droit des affaires
et du commerce international**

Les limites de la «juridiction inhérente» du tribunal et le cas du financement débiteur-exploitant («*DIP Financing*») en droit civil québécois

Antoine LEDUC*

Résumé

Le présent article analyse les différents usages du pouvoir inhérent des tribunaux canadiens siégeant en matière de faillite et d'insolvabilité, et plus particulièrement la façon dont ce pouvoir fut utilisé afin de permettre, dans un contexte de proposition concordataire ou de restructuration commerciale, l'octroi de financements intérimaires assortis de charges prioritaires en faveur, notamment, de prêteurs intérimaires, déclassant ainsi les sûretés antérieurement consenties aux

Abstract

The present paper proposes an analysis of the use, by Canadian courts, of their inherent jurisdiction, more particularly in insolvency contexts, where such inherent jurisdiction is increasingly used to allow the granting of Debtor-in-possession financing (i.e. «DIP Financing»), secured by priority charges, notably in favour of interim lenders, such charges ranking in priority to the charges or liens then already granted in favour of existing secured creditors, thereby modifying the well-known

* B.C.L./LL.B. (McGill), LL.M. (Montréal), avocat, associé au cabinet Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l. (Montréal), candidat au doctorat en droit et chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI). Nous tenons à remercier M. le professeur Pierre Ciotola, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, qui nous a aimablement fait part de ses commentaires sur une version antérieure de ce texte. Nous remercions également M^e Olivier Tardif pour son aide précieuse dans la révision des notes infrapaginales. Toute erreur ou omission est toutefois la seule responsabilité de l'auteur. De plus, les opinions sont celles de l'auteur uniquement. Enfin, les idées exprimées dans cet article ont d'abord fait l'objet d'une communication orale dans le cadre de la troisième édition de la Conférence sur l'insolvabilité et la restructuration commerciale organisée par Insight Information Co., à Montréal, le 18 avril 2005. La recherche est à jour au 30 avril 2005. Le présent article n'est pas exhaustif et n'a aucune prétention en ce sens. Il s'agit d'un commentaire sur une question d'actualité en droit de l'insolvabilité et en droit des sûretés.

créanciers garantis, car ne se fondant pas sur le principe de l'ordre du temps pour l'établissement de leur rang.

Après avoir retracé les origines législatives américaines du concept et de la notion de tels financements intermédiaires, également appelés « financements débiteur-exploitant », utilisés afin de permettre à l'entreprise insolvable mais encore « viable » de se restructurer, l'on rappelle les principes généraux à cet égard, tels qu'ils furent progressivement développés au Canada non pas par le législateur, mais par les tribunaux des provinces de common law puis, éventuellement, par ceux du Québec, qui permettent désormais la création d'hypothèques sui generis garantissant l'octroi d'un financement débiteur-exploitant.

En deuxième partie, l'auteur analyse les différents visages de la notion de « juridiction inhérente », en comparant l'évolution de son interprétation dans les provinces de common law et au Québec. L'auteur propose l'articulation d'une théorie propre au droit civil québécois, à la lumière des principes établis par les articles 8.1 et 8.2 de la Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, puis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec ltée*. Cette théorie, prônant une interprétation plus rigoureuse du message législatif par les tribunaux et un usage plus restrictif du pouvoir inhérent, a fortiori en matière de constitution de sûretés et d'ordre de priorité entre les créanciers, pourrait également trouver application dans les provinces canadiennes de common law, suivant en cela les conclusions de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Stelco Inc.*

Enfin, l'auteur demande si l'usage trop libéral du pouvoir inhérent par les tribunaux n'est pas devenu un obstacle à la véritable réforme du droit, c'est-à-dire celle qui est présidée par le législateur, qui devrait procéder à l'arbitrage ultime des intérêts divergents dans la société et, ainsi, assurer la cohérence du message législatif.

principle to the effect that « the “first-in-time” is the “first in-right” ».

The concept and notion of DIP Financing has its origins in the American Bankruptcy Code. In Canada, it has progressively been developed by the courts in the common law provinces and, eventually, in the province of Quebec. The purpose of DIP Financing is to provide some funding to an insolvent debtor while it attempts to restructure its debt and business organization. In Quebec, courts are nowadays regularly authorizing DIP Financings, secured by first ranking sui generis hypothecs, in favour of interim lenders.

In the second part of his paper, the author compares the evolution of the judicial interpretation of the “inherent jurisdiction” concept, firstly in the common law provinces, and secondly, in Quebec. A civil law theory of such concept is proposed by the author, based on the principles established pursuant to Sections 8.1 and 8.2 of the Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, and those elaborated by the Supreme Court of Canada in *Lac d'Amiante du Québec ltée*. This theory is in favour of a more rigorous interpretation of the legislation and, consequently, of a more restrictive use of the inherent jurisdiction by the Courts, a fortiori when it concerns the creation of security devices and the scheme of priorities among creditors. Such proposed theory could also be applied in the common law provinces, following the recent ruling of the Ontario Court of Appeal in *Stelco Inc.*

Finally, the question as to whether the liberal use of the inherent jurisdiction by the courts is an obstacle to true and genuine law reform, i.e. via the legislative process (as opposed to the judicial process), is posed. Indeed, the author argues that the legislator should be considered as the ultimate arbitrator in society among the various classes of interests. Only the legislator could assure a balance of all such various interests and ascertain the coherence of the legislation as a whole.

Plan de l'article

Introduction	555
I. Des principes généraux en matière de Financement débiteur-exploitant	555
A. Des origines du concept et de la notion	555
1. Définition, utilité et fonction.....	555
2. Le <i>Bankruptcy Code</i> américain	557
B. De l'articulation de la notion en droit canadien	558
1. Dans les provinces de common law	558
a. Sous l'empire de la <i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i>	559
b. Sous l'empire de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i>	561
2. Au Québec, terre de droit civil	563
a. Historique et circonstances d'application	563
b. Financement dit «intérimaire» assorti d'une hypothèque <i>sui generis</i> décrété par le tribunal	566
II. De la juridiction inhérente du tribunal et de la réforme du droit	567
A. Des différents visages de la «juridiction inhérente»	567
1. Dans les provinces de common law	568
a. Interprétation initiale restrictive	568
b. Interprétation subséquente très permissive	570
c. Discrétion judiciaire ou juridiction inhérente?	571

2. Au Québec, terre de droit civil.....	575
a. Le droit des sûretés : un droit d'exception.....	575
b. Articulation d'une théorie propre au droit civil québécois.....	576
B. De l'usage de la «juridiction inhérente» : panacée ou obstacle à la véritable réforme du droit?	585
1. Des rapports entre les débiteurs et les créanciers.....	586
a. Stabilité des transactions et impact sur le coût du crédit	586
b. Flexibilité et souplesse permettant la restructuration des entreprises en difficulté encore viables	587
2. Un processus de réforme du droit à deux vitesses?	587
a. De l'usage de la «juridiction inhérente» à l'adoption d'un modèle d'ordonnance initiale uniforme.....	587
b. De la réforme du droit canadien de l'insolvabilité et de ses influences externes	591
Conclusion	592

La restructuration des entreprises en difficultés financières est un champ particulièrement complexe. Carrefour de plusieurs domaines de spécialités, le droit en cette matière doit composer avec différents facteurs. Au premier plan, le cas du financement de l'entreprise durant la période de restructuration suscite des questions théoriques et pratiques des plus intéressantes.

Nous exposerons, dans un premier temps, les principes généraux en matière de financement débiteur-exploitant (I).

Nous verrons par la suite que l'articulation de ces principes s'est faite, en droit canadien, par la voie jurisprudentielle, les tribunaux se fondant essentiellement sur leur compétence inhérente afin d'autoriser de nouveaux emprunts assortis de sûretés *sui generis*. Cela nous amènera donc à réfléchir sur la portée de cette compétence inhérente et sur l'impact que son utilisation présente sur la véritable réforme du droit, c'est-à-dire celle qui émane du législateur (II).

I. Des principes généraux en matière de Financement débiteur-exploitant

Nous retracerons d'abord les origines du concept et de la notion de financement débiteur-exploitant (A), pour ensuite rappeler comment cela s'articule en droit canadien (B).

A. Des origines du concept et de la notion

Bien que l'on puisse désormais en concevoir une définition ayant reçu une acceptation plus universelle (1), il semble que la notion de financement débiteur-exploitant ait d'abord vu le jour en droit américain de l'insolvabilité (2).

1. Définition, utilité et fonction

On peut définir le financement débiteur-exploitant comme suit : il s'agit d'un financement intérimaire, consenti à un débiteur, généralement une entreprise insolvable (ou encore à l'administrateur de l'insolvabilité), après l'ouverture d'une procédure collective de ses créanciers visant la restructuration de cette entreprise, afin de lui permettre de continuer ses opérations jusqu'à la présentation d'une

proposition ou d'un arrangement à ses créanciers. Pour cette raison, le financement est dit «*intérimaire*».

L'utilité de ce type de financement consiste justement à permettre au débiteur de continuer ses opérations et de présenter un plan d'arrangement à ses créanciers. Sans un tel apport, l'entreprise insolvable, mais que l'on présume être encore viable, ne peut habituellement pas continuer ses activités ni espérer se restructurer. Sans un tel financement, la seule autre avenue possible est la liquidation pure et simple des biens de l'entreprise au profit de ses créanciers, ce qui n'est pas nécessairement le scénario idéal pour toutes les parties impliquées lorsque l'entreprise présente encore un certain potentiel.

Ainsi, l'on conçoit généralement qu'un tel financement aura sa place dans le cadre d'une procédure collective visant la restructuration d'une entreprise, et qu'il ne sera pas approprié d'y recourir dans le cas d'une procédure collective visant plutôt la liquidation des biens au profit des créanciers.

Ce type de financement pourra être octroyé soit par l'un des créanciers existant de l'entreprise, soit par un autre financier.

Enfin, le financement pourra être garanti par une sûreté. Celle-ci portera soit sur les biens non grevés de l'entreprise, soit sur des biens déjà grevés. Dans ce dernier cas, la sûreté pourra avoir un rang équivalent («*pari passu*») à ceux des créanciers antérieurs; elle pourra même bénéficier d'un rang prioritaire et les déclasser.

Ce type de financement met en contraste, d'une part, la nécessité de faire montre d'une grande souplesse face aux entreprises en difficulté en pareil contexte afin de permettre, dans les cas où cela semble très probable, la restructuration et la survie de l'entreprise. D'autre part, trop de souplesse contrevient à la nécessité de prévoir des règles simples, claires et précises en matière de constitution, de publicité et d'exécution des sûretés, qui favorisent l'accès au crédit à des coûts minimales.

Comment trouver l'équilibre entre ces deux objectifs également louables? L'atteinte de l'équilibre est-elle possible? Quel rôle conférer au tribunal? Comment assurer la protection et la préservation de la valeur économique des sûretés consenties en faveur de créanciers avant l'ouverture d'une procédure collective de réorganisation?

Les réponses et les solutions varient. Analysons celles proposées en droit américain de l'insolvabilité.

2. Le *Bankruptcy Code* américain

Le droit américain prévoit ce genre de financement de façon très précise dans sa législation. Ce sont les dispositions traitant de ce que l'on appelle «*DIP Financing*», c'est-à-dire «*debtor-in-possession financing*», que l'on peut traduire par l'expression «financement débiteur-exploitant». Cette expression signifie non seulement que le débiteur conserve la maîtrise et la possession de ses biens même lorsqu'il se trouve en situation d'insolvabilité, après le commencement d'une procédure collective, mais aussi qu'il continue l'exploitation de son entreprise, comme nous l'avons vu.

L'article 364 du *Bankruptcy Code*¹ édicte que l'administrateur de l'insolvabilité peut, dans les cas y indiqués où l'entreprise continue ses opérations, demander l'autorisation du tribunal en vue d'obtenir un financement à cette fin. La présentation de cette demande fera l'objet d'un préavis et d'une enquête et audition.

Le financement recherché sera tantôt non garanti, tantôt garanti. Il sera garanti seulement si l'administrateur de l'insolvabilité démontre que, sans l'octroi d'une sûreté en faveur de l'éventuel prêteur, il lui sera impossible d'obtenir les fonds.

La sûreté pourra grever les biens de l'entreprise qui ne le sont pas déjà, lorsque cela est possible. Sinon, elle pourra affecter des biens de l'entreprise qui sont déjà grevés, mais sans obtenir de rang prioritaire à ceux des créanciers antérieurs.

Enfin, dans le cas le plus extrême, la sûreté portera sur des biens déjà grevés et aura un rang égal, voire même prioritaire, à ceux des créanciers antérieurs. Toutefois, dans les cas où une sûreté de rang égal ou prioritaire est autorisée en faveur du nouveau financier, preuve devra être faite qu'une «protection suffisante» («*adequate protection*») des intérêts des créanciers garantis antérieurs a été aménagée, autrement dit que la valeur des sûretés antérieures sera préservée.

¹ Bankruptcy, 11 U.S.C. § 364, dans S. McDONALD HENRY (dir.), *The Portable Bankruptcy Code & Rules*, American Bar Association, 2004, p. 46 (ci-après cité «*Bankruptcy Code*»).

On noterait cependant une grande discrétion judiciaire dans l'évaluation de ce que constitue une « protection suffisante », lui conférant ainsi un caractère aléatoire². Par ailleurs, il serait très difficile de satisfaire aux critères de l'article 364 (d) du *Bankruptcy Code* afin d'obtenir l'autorisation d'un financement débiteur-exploitant de rang prioritaire aux créanciers garantis antérieurs : ce type de financement garanti serait rarement autorisé, en pratique³.

On peut donc en déduire que le droit des sûretés n'est pas trop altéré, voire même malmené, chez nos voisins du Sud, en ce que les financements débiteur-exploitant ne se feront habituellement pas au détriment des droits des créanciers garantis antérieurs.

Il n'en va plus nécessairement de même en droit canadien de l'insolvabilité.

B. De l'articulation de la notion en droit canadien

Au Canada, le financement débiteur-exploitant a d'abord fait son apparition dans les provinces de common law [1], pour ensuite allègrement se frayer un chemin au Québec, terre de droit civil [2].

Cependant, et contrairement au droit américain, ce n'est pas le législateur qui a autorisé l'octroi de financements débiteur-exploitant et la création judiciaire de sûreté afférente ; ce sont les tribunaux, en s'appuyant sur leur « juridiction inhérente », qui en ont développé les contours, ce faisant, dès lors, des législateurs. Ce financement garanti est de pure création judiciaire et n'est prévu par aucune disposition de la loi. L'ordre de priorité entre les créanciers est ainsi modifié aléatoirement et arbitrairement par le tribunal, en fonction de la poursuite d'un objectif visant d'abord et avant tout la restructuration de l'entreprise insolvable.

1. Dans les provinces de common law

Si la notion a d'abord fait son apparition dans le cadre de procédures instituées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les*

² Voir, notamment : J.J. WHITE, « Death and Resurrection of Secured Credit », 12 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 139, 143, 146 et 173-175 (2004).

³ *Id.*, 169 et 170.

*créanciers des compagnies*⁴ (a), une procédure collective visant d'abord et avant tout la restructuration de l'entreprise insolvable, une nouvelle pratique judiciaire semble vouloir autoriser ce type de financement garanti dans le cadre de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁵, dans le contexte particulier de la proposition concordataire (b). Cette dernière loi a néanmoins pour principal objectif la liquidation des biens de l'entreprise, à l'exception des mesures visant le concordat.

a. Sous l'empire de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*⁶

La question du financement débiteur-exploitant s'est pratiquement toujours posée, à une exception près, dans le cadre de la *Loi sur les arrangements*. De même, ajoutons qu'en toutes circonstances, sauf peut-être quelques décisions à l'effet contraire, il ne semble pas exister de situation où l'octroi d'un financement débiteur-exploitant se serait fait à l'encontre de la volonté d'un créancier garanti et à son détriment.

Quant aux critères devant guider les tribunaux dans l'octroi de financement débiteur-exploitant, ils sont graduellement établis par la jurisprudence canadienne. On résume actuellement ces critères comme suit⁷:

- toute avance faite avant que les créanciers soient avisés et entendus ne devrait l'être qu'en cas d'urgence;
- bien que le tribunal ait compétence pour autoriser un tel emprunt au stade de l'ordonnance initiale, toute priorité ne devrait être

⁴ L.R.C. (1985), c. C-36 (ci-après citée «LACC» ou «*Loi sur les arrangements*»).

⁵ L.R.C. (1985), c. B-3 (ci-après citée «LFI» ou «*Loi sur la faillite*»).

⁶ Il ne nous appartient pas de recenser l'ensemble des décisions ayant permis l'octroi d'un financement débiteur-exploitant dans les provinces de common law. L'exercice a déjà été fait, et nous renvoyons le lecteur aux auteurs qui en ont déjà traité. Voir, notamment : Janis SARRA, «Debtor in Possession Financing: The Jurisdiction of Canadian Courts to Grant Super-Priority Financing in CCAA Applications», (2000) 23 *Dalhousie L.J.* 337; Sandra ABITAN, «Super-priority Lending under the Companies' Creditors Arrangement Act», Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information Co., 22 et 23 septembre 2003 (non publié).

⁷ Voir : Lloyd W. HOULDEN et Geoffrey B. MORAWETZ, *The 2004 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Toronto, Thomson/Carswell, 2003, p. 1134-1136.

décrotée que pour une période limitée, le temps que les créanciers garantis soient avisés et entendus ;

- un financement débiteur-exploitant ne devrait être autorisé que s'il est démontré, *prima facie*, que le débiteur sera en mesure de soumettre un arrangement satisfaisant à ses créanciers ;
- lorsque les intérêts des créanciers garantis et ceux du débiteur divergent (c'est-à-dire en cas d'objection de la part d'un créancier garanti), le financement débiteur-exploitant sera néanmoins accordé s'il est démontré, selon la prépondérance des inconvénients, que cette mesure est nécessaire dans les circonstances⁸ ;
- le financement débiteur-exploitant ne devrait pas se prolonger au-delà des procédures de redressement.

Notons, cependant, que ces critères ne suivent pas ceux établis par le *Bankruptcy Code* américain. Ils ne suivent pas davantage ceux développés en matière de charges prioritaires octroyées en faveur d'un séquestre (« *receiver* ») nommé aux biens d'une personne, qui exigent soit le consentement des créanciers garantis, soit la démonstration que l'administration du séquestre leur bénéficiera (ainsi qu'à l'ensemble des créanciers), soit que le séquestre a encouru des frais nécessaires à la conservation des biens sous séquestre⁹. Ces critères sont pourtant ceux qui ont inspiré, initialement, les tribunaux en matière de financement débiteur-exploitant. Ils se rapprochent davantage des critères du législateur américain et visent à protéger les intérêts des créanciers garantis antérieurs. Ainsi, de façon générale, il serait beaucoup plus facile d'obtenir un financement débiteur-exploitant au Canada qu'aux États-Unis, ce qui a fait dire à certains que la *Loi sur les arrangements* est l'équivalent du Chapitre 11 du *Bankruptcy Code* américain, mais sans règles précises¹⁰.

⁸ D.B. LIGHT, « Involuntary Subordination of Security Interests to Charges for DIP Financing under the Companies' Creditors Arrangement Act », 30 C.B.R. (4th) 245, 245 et 274.

⁹ *Kowal Investments Ltd. c. Deeder Electric Ltd.*, (1975) 9 O.R. (2d) 84 (C.A.) ; (1975) 21 C.B.R.n.s. 201 (Ont. C.A.), 207-209, tel que cité par D.B. LIGHT, *loc. cit.*, note 8, 254.

¹⁰ H.A. ZIMMERMAN, « Financing the Debtor in Possession », Tenth Annual Meeting and Conference, Scottsdale, Arizona, novembre 1999 (non publié) : « [...] *many Canadian and U.S. counsel have come to refer to the CCAA as the Canadian equivalent of Chapter 11 United States Bankruptcy Code proceeding, but with no "rule book" or detailed statutory provisions* ».

Un tel financement sera accordé soit pour payer les coûts administratifs et les honoraires de l'administrateur de l'insolvabilité chargé de la restructuration, soit pour financer la continuation des opérations de l'entreprise durant la période de restructuration, soit pour ces deux possibilités à la fois. Hormis ces deux scénarios, on semble vouloir en élargir la nomenclature, sans limite bien définie. Mentionnons, notamment, qu'une telle sûreté fut consentie à des fournisseurs de marchandises pour les biens vendus après le dépôt d'une ordonnance initiale ; une charge prioritaire fut consentie pour un financement octroyé avant l'ordonnance initiale et le fut pour permettre la continuation de travaux de construction¹¹.

Nous verrons maintenant qu'une décision a autorisé l'octroi d'un tel financement dans un contexte fort particulier.

b. Sous l'empire de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

L'octroi d'un financement débiteur-exploitant dans le contexte d'un avis d'intention de faire une proposition concordataire, en vertu de la *Loi sur la faillite*, est une situation qui semble encore plus extravagante que lorsqu'un tel financement est autorisé en vertu de la *Loi sur les arrangements*, puisque la première loi vise davantage, en pratique, le redressement de petites et moyennes entreprises. En effet, plus ce type de financement est disponible à un grand nombre de débiteurs, plus grande sera l'incertitude chez les créanciers garantis quant à la valeur réelle des sûretés qui leur sont consenties. Cela se reflétera sur le taux d'intérêt des prêts garantis.

De plus, les tribunaux ont habituellement justifié le recours à leur juridiction inhérente, sous l'empire de la LACC, principalement en raison du fait qu'il s'agit d'un texte législatif ne comportant que 22 dispositions, contrairement à la LFI, qui en comporte 275. Partant, la LACC ferait une plus large place à l'interprétation, voire même à la discrétion judiciaire, et nécessiterait une plus grande

¹¹ Les financements débiteur-exploitant furent aussi octroyés pour financer, notamment, toute condamnation potentielle des administrateurs et officiers du débiteur, pour financer le maintien de la couverture d'assurance durant la période de restructuration, que ce soit l'assurance responsabilité des administrateurs ou l'assurance aux biens, ainsi que pour financer les frais de conservation des biens. Voir : S. ABITAN, *loc. cit.*, note 6, 6 ; P. BENOIT, « Le financement des entreprises insolvable », dans ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, *Congrès 2003*, p. 21:1, aux pages 21:20-21:22.

intervention de la part du juge pour dire et créer le droit, que ne le requiert la LFI, qui se veut un code complet dans ce domaine.

Ainsi, les tribunaux avaient jusqu'alors fait preuve d'une certaine retenue, lorsqu'il s'agissait d'autoriser la mise en place d'un financement débiteur-exploitant dans le contexte d'une proposition concordataire en vertu de la LFI.

Et pourtant, les frontières sont toujours repoussées un cran plus loin. Voilà que, dans l'affaire *Re Bearcat Exploration Ltd.*¹², un tribunal albertain en vient à la conclusion que rien dans la *Loi sur la faillite* n'interdit l'octroi d'un financement débiteur-exploitant, assorti d'une charge prioritaire. Toutefois, dans cette affaire, le financement en question fut autorisé afin de permettre à la débitrice de continuer un litige contre son principal créancier garanti, à défaut de quoi le procès n'aurait pu être complété et la débitrice aurait fait cession de ses biens. Il fut décidé que le procès était d'intérêt pour tous les créanciers, et que le sort de toute proposition concordataire était intimement lié à l'issue de ce procès, puisqu'il s'agissait justement de se prononcer sur la validité de la preuve de réclamation déposée par ce créancier garanti. Pour ces motifs, et s'appuyant sur sa juridiction inhérente, le tribunal autorisa le financement, qui fut assorti d'une sûreté de rang prioritaire à l'ensemble des créanciers, sauf celui détenant déjà un premier rang. Le tribunal a néanmoins précisé, dans cette affaire, que l'octroi d'un financement débiteur-exploitant dans le contexte de la *Loi sur la faillite* doit être d'application limitée.

Ainsi, les tribunaux, dans les provinces de common law, se confèrent une discrétion très large afin de consentir des financements débiteur-exploitant, et ce, que l'on soit dans le contexte de la *Loi sur*

¹² *Re Bearcat Exploration Ltd.* (27 mai 2004), 2004 Carswell Alta 1183 (Alta Q.B.). Mentionnons que, dans cette affaire, il n'était nullement question de la compétence du tribunal en *equity* d'accorder une « provision pour frais », en vertu du pouvoir du tribunal d'ordonner des dépens dans le contexte d'un litige, afin de permettre à une partie de faire instruire une cause lorsqu'elle n'en avait pas les moyens. Voir, à cet égard, les arrêts suivants : *Colombie-Britannique (Ministre des forêts) c. Bande Indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 317 ; 9022-8818 *Québec inc. (Faillite de)*, EYB 2005-86434 (C.A.). À notre avis, ces affaires ne sont pas pertinentes en ce qui a trait à l'interprétation du pouvoir inhérent du tribunal d'autoriser l'octroi d'un financement débiteur-exploitant assorti d'une charge, prioritaire ou non.

la faillite ou de la *Loi sur les arrangements*. Voyons maintenant comment les tribunaux québécois traitent de ces questions.

2. Au Québec, terre de droit civil

Si, au Canada, la technique du financement débiteur-exploitant est d'abord apparue dans les provinces de common law, elle est maintenant monnaie courante au Québec. Nous allons d'abord brièvement en retracer l'historique et les circonstances d'application (a), pour ensuite tenter d'en cerner les contours, qui font de ce financement intérimaire décrété par le tribunal une technique *sui generis* de financement et de sûreté (b).

a. Historique et circonstances d'application

On a affirmé que les tribunaux québécois se montraient plus réticents que ceux des provinces de common law à utiliser leur «juridiction inhérente» afin d'interpréter avec «souplesse» la *Loi sur les arrangements*. Ce faisant, «certaines des compagnies qui le peuvent ont préféré discuter de leurs problèmes sous l'égide des tribunaux des provinces de common law plutôt que de le faire au Québec»¹³. Si cette perception a déjà pu se vérifier, elle mérite désormais d'être nuancée.

En effet, on a jugé que les tribunaux québécois, de par l'exercice de leur juridiction inhérente, doivent interpréter de façon large et libérale les dispositions de cette loi, à l'instar des tribunaux des provinces de common law. Ainsi, on estime que l'exercice de ce pouvoir résiduaire permet au tribunal, malgré le silence du législateur, d'auto-riser par exemple la résiliation unilatérale par le débiteur de contrats à exécution successive en cours, dans la mesure où cela permet le

¹³ Jacques DESLAURIERS, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 148, où l'auteur affirme également :

[...] il s'agit d'une loi inspirée par la common law et les tribunaux des provinces de common law interprètent leur «juridiction inhérente» en fonction des finalités de la loi, qui est de permettre un redressement de l'entreprise en difficulté. Ceci a pour conséquence que les juges des provinces de common law interprètent la loi avec plus de souplesse que ne le font les juges du Québec, lesquels sont plus réticents à contourner les lois applicables aux compagnies débitrices dans leurs relations avec leurs créanciers ou leurs employés, par exemple dans le cadre de l'application du Code civil du Québec en matière de sûretés ou encore dans le domaine des relations de travail.

redressement de l'entreprise en difficulté¹⁴. Dans l'affaire *PCI Chemicals*, le tribunal a évoqué, pour la première fois nous semble-t-il, la possibilité d'accorder « une super-priorité pour financer les frais de restructuration, et ce, même si les droits des créanciers prioritaires sont affectés [...] [car, dans les décisions citées, l'on affirmait que] ne pas accorder cette priorité aurait pour effet d'annihiler les buts de la LACC »¹⁵.

À notre connaissance, c'est toutefois dans l'affaire du plan d'arrangement de *Mine Jeffrey inc.* que fut prononcée, pour l'une des premières fois, une ordonnance permettant l'obtention d'un financement d'opération d'un montant de 3 000 000 \$ afin de financer les opérations courantes de l'entreprise. Ce financement fut assorti d'une « hypothèque » *sui generis* décrétée par le tribunal, d'un montant de 3 500 000 \$, cependant limitée à certains biens à partir d'une certaine période, et ce, afin de préserver les intérêts des créanciers garantis détenant déjà des sûretés sur les actifs visés¹⁶. De plus, une autre hypothèque *sui generis* sans montant spécifique (ce qui est contraire à l'article 2689 C.c.Q. et au principe de la spécialité), grevant l'universalité des biens meubles et immeubles de la débi-

¹⁴ *PCI Chemicals Canada Inc. (Plan d'arrangement de transaction ou d'arrangement relatif à)*, [2002] R.J.Q. 1093, par. 64 et 80 (C.S.) (ci-après cité « *PCI Chemicals* ») où le juge Danièle Mayrand affirme :

[64] *La Cour d'appel [du Québec] n'hésite pas à référer aux décisions des autres provinces en la matière et indique que, dans la mesure où il n'y a pas d'interdiction spécifique dans la LACC, il y a lieu d'octroyer des mesures qui assurent la finalité de la LACC.*

[...]

[80] *Le Tribunal estime que, bien qu'il ait été souhaitable que le législateur soit plus explicite quant aux vastes pouvoirs qui sont conférés aux juges appelés à rendre diverses ordonnances dans le cadre de l'administration de la LACC, c'est sciemment qu'il a choisi de ne pas le faire. L'évolution législative et jurisprudentielle témoignent d'une reconnaissance implicite par le législateur de la portée de l'article 11.*

¹⁵ *Id.*, par. 56. Le magistrat n'avait pas à se prononcer au sujet de l'octroi d'un financement débiteur-exploitant assorti d'une charge (prioritaire ou non) dans cette affaire. Ce type d'ordonnance était cependant donné en exemple pour montrer l'étendue des larges pouvoirs du tribunal en matière d'arrangement avec les créanciers.

¹⁶ Voir : *Mine Jeffrey inc. (Plan d'arrangement de transaction ou d'arrangement relatif à)*, C.S. St-François 450-05-005118-027, 29 novembre 2002 ; voir également : *Mine Jeffrey inc. (Plan d'arrangement de transaction ou d'arrangement relatif à)*, C.S. St-François 450-05-005118-027, 7 novembre 2002 (ci-après cité « *Mine Jeffrey* »).

trice, fut décrétée par le tribunal en faveur du contrôleur (c'est-à-dire l'administrateur de l'insolvabilité), et ce, afin de garantir le paiement des frais professionnels et déboursés professionnels du contrôleur et de tout professionnel engagé et retenu par ce dernier. De plus, le tribunal ajouta dans son ordonnance que les titulaires de ces hypothèques *sui generis* judiciairement décrétées n'ont pas à les « produire, inscrire ou enregistrer afin qu'elles aient plein effet et soient opposables à la Débitrice et aux tiers ». Dans cette affaire, il n'y eut aucune discussion, que ce soit à l'audience ou dans les motifs du jugement, ayant trait à la compétence du tribunal de prononcer de telles ordonnances ni quant à leur bien-fondé.

Depuis l'affaire *Mine Jeffrey*, plusieurs décisions ont décrété la constitution de sûretés judiciaires prioritaires de cette nature, dans le cadre de l'application de la *Loi sur les arrangements*¹⁷. Mentionnons, entre autres, la décision rendue dans l'affaire du plan d'arrangement de *Les Boutiques San Francisco*¹⁸. Dans cette affaire, le tribunal permet la création d'hypothèques judiciaires *sui generis* en référant aux critères résumés par une certaine doctrine ayant cours dans les provinces de common law^{18a}. Ces hypothèques garantissent

¹⁷ Voir, notamment, les décisions non rapportées suivantes : *Concert Industries Ltd. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-021197-039, 5 juillet 2003 ; *Pan-Geo Pharma inc. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-021037-037, 10 juillet 2003 ; *Alis Technologies inc. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-021079-039, 16 juillet 2003 ; *Pixel Systems inc. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-019266-028, 8 octobre 2002 ; *Papiers Gaspésia inc. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-022333-047, 30 janvier 2004, telles qu'également citées par S. ABITAN, *loc. cit.*, note 6.

¹⁸ *Les Boutiques San Francisco Inc. (Plan d'arrangement de)*, C.S. Montréal 500-11-022070-037, 17 décembre 2003 (ci-après cité « *San Francisco* »).

^{18a} Avant la publication du présent article, le juge Clément Gascon, auteur de la décision *San Francisco*, référa aux notes d'allocutions de notre présentation faite lors de la troisième édition de la Conférence sur l'insolvabilité et la restructuration commerciale organisée par Insight Information, à Montréal, le 18 avril 2005, notes alors remises aux participants et qui constituaient un résumé des idées du présent article. À cette occasion, le juge Gascon se référa à nouveau à cette doctrine de common law, sans toutefois l'analyser, dans l'affaire *MEI Computer Technology Group Inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-1009 (C.S.) (ci-après cité « *MEI Computer Technology* »). Nous donnons un résumé de cette doctrine libérale et permissive à la page 570, *infra*. Dans *MEI Computer Technology*, le juge Gascon réaffirma sa foi en cette doctrine libérale et conclut que le tribunal jouissait, de par sa juridiction inhérente, du pouvoir de décréter des sûretés judiciaires *sui generis*, lorsque les critères établis par la jurisprudence sont rencontrés. Nous discutons, plus loin, de cette décision et de l'interprétation qui y est proposée, *infra*, note 73a, qui nous semble erronée, ceci dit avec égards.

toutes sommes payables par la débitrice en raison de condamnations qui pourraient être prononcées contre ses officiers et dirigeants, ainsi que les honoraires et déboursés du contrôleur et des conseillers juridiques engagés par ce dernier. Bien sûr, ces hypothèques ne doivent pas être publiées, aux termes de l'ordonnance, pour être valides et opposables aux tiers.

Dans l'affaire du plan d'arrangement de Papiers Gaspésia inc., le tribunal a autorisé un financement intérimaire en faveur du contrôleur afin de lui permettre de continuer les démarches visant à trouver un investisseur ou à compléter la liquidation des biens de la débitrice, hypothèque d'un montant limité (1,3 M \$), mais aucune exigence de publicité¹⁹.

Force est de constater que ces ordonnances seraient maintenant devenues « routinières »²⁰, sans que l'on se pose même la question de savoir si le tribunal a compétence pour les rendre.

De tout ce qui précède, nous pouvons dégager les principales caractéristiques du financement débiteur-exploitant en droit québécois, de même que celles de l'hypothèque *sui generis* servant à le garantir.

b. Financement dit « intérimaire » assorti d'une hypothèque *sui generis* décrété par le tribunal

Ainsi, dans la plupart des cas recensés, les tribunaux québécois autorisent des financements intérimaires garantis par des hypothèques prenant rang avant celles des créanciers garantis existants. De même, sauf exception, ces hypothèques ne doivent pas être publiées pour être opposables aux tiers ; également, le montant n'est pas toujours précisé aux termes du jugement la créant.

Le financement débiteur-exploitant ne sert plus seulement à permettre à l'entreprise de continuer ses opérations : on l'envisage également pour garantir la responsabilité éventuelle des réclamations à l'encontre des administrateurs, de même que pour continuer des démarches visant à trouver un investisseur.

¹⁹ *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-74 (C.S.).

²⁰ Pour utiliser l'expression de la juge Mayrand dans l'affaire *PCI Chemicals*, précitée, note 14, par. 53.

Ainsi donc, le financement débiteur-exploitant garanti par une sûreté *sui generis* de premier rang, qui ne dépend pas de l'ordre du temps, est une réalité qui semble désormais s'imposer d'elle-même, tant en droit canadien qu'en droit québécois. Au Québec, nous avons jusqu'à maintenant fait l'économie d'un débat sur le bien-fondé de ces questions, contrairement à ce qui prévaut dans le reste du Canada. Débat certes timide, puisque les tribunaux des provinces de common law n'en ont pas fait de cas, allant plutôt jusqu'à feindre de l'ignorer. Il faut dire, au demeurant, que la Cour suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer à cet égard. Toute théorie qu'elle soit pour l'instant, la question risque néanmoins de se poser de façon fort concrète lorsqu'un créancier garanti s'objectera à l'octroi d'un tel financement. La question est-elle déjà tranchée, dans cet unanimité de bon aloi qui semble prévaloir ?

Nous analyserons l'effet de l'usage de cette juridiction inhérente sur la véritable réforme du droit et le contrat social qu'elle présuppose entre les débiteurs et les créanciers.

II. De la juridiction inhérente du tribunal et de la réforme du droit

D'un strict point de vue juridique, et selon la tradition dont l'on est issu, la notion de « juridiction inhérente » se présentera sous des visages différents [A]. Peu importent les projets de réformes législatifs officiels qui seront mis de l'avant et adoptés, cette théorie de la « juridiction inhérente » semble vouloir s'imposer pour rester. Dès lors, s'agit-il d'une panacée ou d'un obstacle à la véritable réforme du droit ? [B] Existe-t-il une telle chose que la « véritable réforme du droit » et, dans l'affirmative, s'agit-il d'une réalité unidimensionnelle ? Nous avancerons quelques pistes de réflexion en réponse à ces questions.

A. Des différents visages de la « juridiction inhérente »

Au Canada, la « juridiction inhérente » des tribunaux ne se présentera pas de la même manière, dans les provinces de common law [1], qu'elle s'articulera au Québec [2]. S'agit-il d'une porte ouverte à la « balkanisation » du droit de l'insolvabilité d'un océan à l'autre ? Tout dépend du point de vue. Nous ne croyons pas qu'il en soit ainsi ; les avancées du bijuridisme canadien législatif invitent à un dialogue entre le droit fédéral et le droit privé de toute province, lorsque la

législation fédérale ne contient pas de disposition précise permettant de s'écarter du droit privé applicable dans une province donnée.

1. Dans les provinces de common law

Dans les provinces de common law, une première interprétation de la portée de la «juridiction inhérente» des tribunaux a cours, la circonscrivant uniquement à un rôle supplétif en matière procédurale (a), alors qu'une seconde interprétation, plus permissive, confère aux tribunaux le loisir d'également remédier aux silences de la loi en ce qui a trait aux questions de fond (b). Si cette seconde interprétation peut être qualifiée de dominante, la Cour d'appel de l'Ontario a sans doute sonné la fin de la récréation: il ne faudrait pas confondre «discrétion judiciaire» et «juridiction inhérente»; de même, l'on observe un retour à l'approche plus restrictive (c).

a. Interprétation initiale restrictive

Les tribunaux des provinces de common law invoquent, dans le cadre des procédures instituées en vertu de la *Loi sur les arrangements*, leurs «*inherent jurisdiction*» et «*equitable jurisdiction*» pour autoriser de tels financements, puisqu'il y aurait, soutient-on, un «vide législatif» à combler. En effet, l'intention du législateur, en édictant cette loi, serait d'assurer la mise en œuvre de tous les moyens nécessaires visant à permettre le redressement des entreprises en difficulté.

Une critique à notre avis assez juste de la portée de la juridiction de la Cour supérieure, en common law, a été faite²¹. La juridiction inhérente ou «*equitable*» ne permettrait pas aux tribunaux de créer des sûretés «judiciaires» sans que la loi ne les en habilite explicitement. On aurait dénaturé la portée du pouvoir inhérent de la Cour, qui serait davantage un pouvoir relatif au droit procédural qu'au droit substantif²². Ce pouvoir résiduaire, découlant de l'*equity*, n'a rien à voir avec un pouvoir général qui permettrait de juger en vue d'assurer la «justice et l'équité». *Equity follows the [common] law*, dit la maxime; par conséquent, rien ne permet aux tribunaux de créer des sûretés qui n'existent pas en vertu de la common law.

²¹ D.B. LIGHT, *loc. cit.*, note 8; H.A. ZIMMERMAN, *loc. cit.*, note 10.

²² D.B. LIGHT, *loc. cit.*, note 8, 276-282.

Puisque la technique du « *DIP Financing* » existe aux États-Unis, le législateur canadien aurait sûrement fait un oubli dans sa législation en ne mettant pas ce moyen à la disposition des justiciables canadiens. Pour toutes ces raisons, les tribunaux ont jugé, à plusieurs reprises, que leur pouvoir inhérent et leur interprétation de l'intention du législateur menant à un vide législatif les habilitaient à autoriser l'obtention, par le débiteur ou par le contrôleur, d'un financement postérieur à l'ouverture des procédures, assorti d'une charge prioritaire, et ce, même dans les cas où les créanciers garantis antérieurs s'y objectent, lorsque la « prépondérance des inconvénients » ne jouerait pas en leur défaveur.

Les dispositions législatives permettant l'octroi de « *DIP Financing* », aux États-Unis, ont cependant fait l'objet de vives critiques. Cela fut un temps jugé, avec d'autres mesures du *Bankruptcy Code*, comme participant de choix politiques « socialistes » hostiles aux grandes institutions financières et, partant, de nature à nuire à l'obtention de crédit à de faibles coûts²³. On a donc soutenu qu'il était à tout le moins plausible qu'en droit canadien, l'on ne soit pas face à un vide législatif à cet égard mais bien face à un choix politique différent de la part du législateur²⁴. On ne devrait pas en interpréter le silence comme étant un vide. Au surplus, cette méthode d'interprétation des lois, consistant à « combler un vide législatif », n'en serait pas une²⁵.

Malgré la justesse de cette analyse, il ne semblait pas, jusqu'à tout récemment, en être tenu compte dans la jurisprudence des provinces de common law, ni dans la doctrine qui soutient le contraire²⁶.

²³ J.J. WHITE, *loc. cit.*, note 2, 139-148. En effet, plus les créanciers garantis risquent de se voir déclasser lors de situations d'insolvabilité par nombre de priorités non déterminables au moment de l'octroi d'un prêt, plus ceux-ci exigeront un taux d'intérêt élevé, réduisant, de ce fait, l'accès au crédit à de faibles coûts.

²⁴ D.B. LIGHT, *loc. cit.*, note 8, 282-284.

²⁵ *Id.*, 284 et 285.

²⁶ D'ailleurs, cette doctrine « libérale » et permissive, étudiée à la page 570, *infra*, ne consiste qu'en un résumé des principes établis par cette jurisprudence majoritaire, qui ne tient pas compte des principes discutés par la doctrine restrictive à l'effet contraire. La discussion de la doctrine libérale ne s'élargit pas davantage du côté des principes d'interprétation des lois ou de common law pertinents, qui pourraient palier aux présumés silences de la loi. Pour cela, cette doctrine libérale nous semble d'un intérêt des plus discutables.

b. Interprétation subséquente très permissive

L'interprétation actuellement dominante voit les choses autrement. Ce qui compte, c'est la finalité de la loi : restructurer les entreprises²⁷. À tout prix, diront certains.

Selon cette interprétation, l'on ne saurait s'encombrer de considérations juridiques futiles qui ne permettraient pas l'atteinte de cet objectif. Le pouvoir inhérent des tribunaux les autorise donc à palier aux silences de la loi. D'autant plus que la *Loi sur les arrangements* repose sur la poursuite des relations d'affaires entre les débiteurs et les créanciers et vise à favoriser le succès d'un arrangement négocié entre les parties, mais encadré par le processus judiciaire (jusqu'à un certain point). On affirme ce qui suit :

*The Court exercise of its inherent jurisdiction does not conflict with the language of either the CCAA or the BIA. The Supreme Court of Canada has previously indicated that an exercise of inherent jurisdiction must not be in conflict with statutory provisions. Here, there is no conflict; the BIA does not address priority in the stay period nor is it operational during CCAA proceedings, and thus, jurisdiction is not ousted by that statute. The exercise of the Court's discretion under the CCAA must take into account the circumstances of the debtor's insolvency, the objectives of the CCAA, the relative prejudice to granting financing to secured lenders, and the interests of unsecured lenders, employees, consumers, tort claimants and the public. The objective of the CCAA is broader than the preservation of secured credit, and this must be considered when reconciling the provisions of the CCAA and the BIA.*²⁸

Ainsi, la LACC s'appliquerait, selon cette analyse, dans un univers désincarné où aucune autre loi ou principe juridique ne pourraient palier aux présumés silences de la LACC. Par ailleurs, les statistiques disponibles ne permettent pas de conclure que l'octroi de financement débiteur-exploitant favorise ou non le succès des restructurations des entreprises²⁹. De plus, cette interprétation, bien que dominante, ne fait pas l'unanimité³⁰.

²⁷ Voir, notamment : K. YAMAUCHI, «The Court's Inherent Jurisdiction and the CCAA: a Beneficent or Bad Doctrine?», (2004) 40 *Can. Bus. L.J.* 250; Janis SARRA, «Judicial Exercise of Inherent Jurisdiction under the CCAA», (2004) 40 *Can. Bus. L.J.* 280.

²⁸ J. SARRA, *loc. cit.*, note 6. (Nos non-italiques).

²⁹ Voir : K. PRITCHARD, «Analysis of Recent Cases under the Companies' Creditor Arrangement Act», (2004) 40 *Can. Bus. L.J.* 116, 123.

³⁰ Voir, notamment : A. KENT, «Comment on Professor Yamauchi's Paper», (2004) 40 *Can. Bus. L.J.* 295.

À cet égard, un vent nouveau semble désormais se lever, prônant un retour à l'approche initiale plus restrictive, proposant même une distinction entre l'exercice de la discrétion judiciaire et celui de la juridiction inhérente.

c. Discrétion judiciaire ou juridiction inhérente ?

Dans un arrêt fort récent, la Cour d'appel de l'Ontario est venu baliser davantage les pouvoirs qui sont conférés au tribunal siégeant en matière de réorganisations commerciales sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*. Ainsi, dans *Stelco Inc. (Re)*³¹, plusieurs vacances aux postes d'administrateurs de la société durent être comblées, en raison des nombreux départs survenus après le prononcé de l'ordonnance initiale rendue en vertu de la LACC. Deux individus provenant d'un groupe d'actionnaires de la débitrice furent nommés à des postes d'administrateurs. Le syndicat et la caisse de retraite de la débitrice ont présenté une requête au tribunal dans le cadre des procédures de réorganisation, afin de faire invalider ces nominations. En effet, le syndicat et la caisse de retraite de la débitrice, qui compaient parmi ses plus importants créanciers ordinaires, craignaient que ces nominations n'aient pour effet d'avantager indûment les compagnies actionnaires dont les nouveaux administrateurs étaient issus, puisque celles-ci avaient déjà tenté de présenter des offres de financement dans le cadre du processus de recapitalisation de la débitrice, qui avaient par ailleurs été rejetées.

Tout en reconnaissant que les tribunaux n'interviennent habituellement pas en ce qui a trait à la composition d'un conseil d'administration, le tribunal de première instance a néanmoins invalidé les nominations. Se fondant uniquement sur sa juridiction inhérente et sur le pouvoir discrétionnaire dont il jouit en vertu de la *Loi sur les arrangements*, le juge de première instance a décidé que les craintes et appréhensions du syndicat et de la caisse de retraite justifiaient l'intervention de la Cour qui, en conséquence, invalida les

³¹ *Stelco Inc. (Re)*, (2005) 9 C.B.R. (5th) 135, [2005] O.J. n° 1171 (C.A.) (Avis de demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada déposé le 6 avril 2005, sous le numéro 30814, dans *Salaried Retirees of Stelco Inc. c. Roland Keiper*) (ci-après cité « *Stelco Inc.* »). Les décisions dans les affaires suivantes proposent également une interprétation plus restrictive de la notion de juridiction inhérente et font une distinction entre celle-ci et la discrétion judiciaire : *Richtree Inc. (Re)*, (2005) 13 C.B.R. (5th) 111, [2005] O.J. n° 251 (S.C.J.); *Skeena Cellulose Inc., Re*, (2003) 43 C.B.R. (4th) 187 (B.C.C.R.).

nominations des deux nouveaux administrateurs³². On parle bien, ici, d'appréhensions, et non pas d'inconduites avérées des nouveaux administrateurs.

La Cour d'appel a bien noté que le juge Farley n'a pas tenté de se justifier au-delà de ces principes et de se livrer à une analyse d'interprétation des lois plus fouillée³³. Dans sa décision, la Cour d'appel renverse celle du juge de première instance, dont les principaux motifs peuvent se résumer comme suit³⁴ : le tribunal n'exerce pas sa juridiction inhérente, c'est-à-dire celle reliée au processus judiciaire et à la procédure, lorsqu'il se prononce sur de pareilles questions. Partant, il s'en remet à son pouvoir discrétionnaire que prévoit la *Loi sur les arrangements*, notamment à son article 11. Cette discrétion s'exerce en s'inspirant des principes juridiques appropriés qui, selon les circonstances, se retrouveront dans d'autres lois, et ce, en raison notamment de l'article 20 LACC. Puisque la *Loi sur les arrangements* est muette quant à la compétence du tribunal au sujet d'un pouvoir qui lui permettrait d'invalidier des nominations d'administrateurs, on doit se référer aux dispositions législatives pertinentes en matière de droit des compagnies, lesquelles n'autorisent pas le tribunal à ce faire, selon l'analyse de la Cour d'appel, l'invalidation des nominations d'administrateurs par le tribunal étant exceptionnelle.

Considérant l'importance des principes d'interprétation des lois réitérés par la Cour d'appel de l'Ontario, il est opportun de reproduire les passages suivants de cet arrêt :

[38] I do not mean to suggest that inherent jurisdiction can never apply in a CCAA context. The Court retains the ability to control its own process, should the need arise. There is a distinction, however – difficult as it may be to draw – between the Court's process with respect to the restructuring, on the one hand, and the course of action involving the negotiations and corporate actions accompanying them, which are the company's process, on the other hand. The Court simply supervises the latter process through its ability to stay, restrain or prohibit proceedings against the company during the plan negotiation period "on such terms

³² Voir : *Stelco Inc. (Re)*, [2005] O.J. n° 730 (S.C.J.), en particulier aux paragraphes 7 et 23.

³³ *Stelco Inc.*, précité, note 31, par. 31.

³⁴ Il ne nous appartient pas de nous livrer ici à une analyse détaillée de cet arrêt. Ce sont les principes qui s'en dégagent qui nous intéressent, au chapitre de la juridiction inhérente.

as it may impose”. Hence the view is that the judge is generally exercising the Court’s statutory discretion under s. 11 of the Act when supervising a CCAA proceeding. The order in this case could not be founded on inherent jurisdiction because it is designed to supervise the company’s process, not the court’s process.

[...]

[44] What the Court does under s. 11 is to establish the boundaries of the playing field and act as a referee in the process. *The company’s role in the restructuring, and that of its stakeholders, is to work out a plan or compromise that a sufficient percentage of creditors will accept and the court will approve and sanction.* The corporate activities that take place in the course of the workout are governed by the legislation and legal principles that normally apply to such activities. *In the course of acting as referee, the court has great leeway, as Farley J. observed in Lehndorff, supra, at para. 5, “to make order[s] so as to effectively maintain the status quo in respect of an insolvent company while it attempts to gain approval of its creditors for the proposed compromise or arrangement which will be to the benefit of both the company and its creditors”.* But the s. 11 discretion is not open-ended and unfettered. Its exercise must be guided by the scheme and object of the Act and by the legal principles that govern corporate law issues. *Moreover, the court is not entitled to usurp the role of the directors and management in conducting what are in substance the company’s restructuring efforts.*

[...]

[48] *There is therefore a statutory scheme under the CBCA (and similar provincial corporate legislation) providing for the election, appointment, and removal of directors.* Where another statute confers jurisdiction with respect to a matter, a broad and undefined discretion provided in one statute cannot be used to supplant or override the other applicable statute. There is no legislative “gap” to fill. *See Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Cooperative Ltd, supra, at p. 480; Royal Oak Mines Inc. (Re), supra; and Richtree Inc. (Re), supra.*

[...]

[51] [...] [W]here the CCAA is silent on the issue, the court should not read into the s. 11 discretion an extraordinary power – which the courts are disinclined to exercise in any event – except to the extent that that power may be introduced through the application of other legislation, and on the same principles that apply to the application of the provisions of the other legislation.³⁵

³⁵ *Stelco*, précité, note 31. (Références omises ; nos non-italiques).

Ainsi, la juridiction inhérente aurait plus à voir avec l'administration du processus judiciaire proprement dit. La discrétion du tribunal, sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*, doit permettre à la débitrice de maintenir le *statu quo* durant la période précédant la présentation d'un plan d'arrangement. Avant de conclure à un « vide législatif », il faut se rappeler que d'autres lois et principes juridiques existent, en dehors du texte de la *Loi sur les arrangements*, et qu'il faut continuer d'en tenir compte dans l'interprétation de cette loi.

Si l'on ramène cette analyse à la question des financements débiteur-exploitant assortis d'une charge prioritaire, l'arrêt de la Cour d'appel redonne à l'ancien arrêt de la Cour suprême du Canada, dans *Baxter Student Housing Ltd.*³⁶, toutes ses lettres de noblesse. En cela, et tel que la Cour suprême l'avait confirmé dans l'arrêt *Baxter*, le tribunal ne peut modifier les privilèges fixés par la loi, ni créer de nouvelles sûretés. De même, toute application de la théorie de la préséance du droit fédéral sur les lois provinciales (« *doctrine of paramountcy* ») en ce qui a trait à l'établissement d'un ordre de priorité entre les créanciers, ne saurait trouver application sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*, puisque cette loi ne prévoit rien à ce chapitre³⁷. Il faut donc se référer au droit provincial à cet égard, comme nous le verrons dans la prochaine section.

Néanmoins, l'interprétation large et permissive a fait son entrée au Québec, sans que l'on en analyse bien les contours. Pourtant, une lecture attentive des principes civilistes permet de ne pas souscrire à cette interprétation permissive. Ces principes s'inscrivent d'ailleurs dans le sens de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Stelco Inc.* qui doit, à notre avis, trouver application au Québec.

³⁶ [1976] 2 R.C.S. 475 (ci-après cité « *Baxter* »).

³⁷ Ainsi, l'analyse à l'effet contraire, proposée par le juge Lo Vecchio dans *Selphur Corp. of Canada Ltd., Re.* (2002) 35 C.B.R. (4th) 304, par. 35-37 (Alta S.C.), ne nous semble pas fondée. Pour une discussion à l'égard de la primauté du droit fédéral, voir : Roger P. SIMARD et Antoine LEDUC, « *Affaire Château d'Amos : intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral ?* », dans *Développements récents en droit administratif* (2000), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 85.

2. Au Québec, terre de droit civil

Le financement débiteur-exploitant, de la façon dont il s'applique au Québec, s'inscrit clairement dans le domaine du droit des sûretés, un droit d'exception [a]. Cela étant, la Cour suprême du Canada a précisé la portée de la « juridiction inhérente » des tribunaux québécois, permettant l'articulation d'une théorie propre au droit civil québécois en cette matière [b]. La somme de ces principes permet de douter sérieusement de la capacité des tribunaux québécois de recourir à la théorie de la « juridiction inhérente » pour palier à des silences ou carences de la loi, autres que ceux que l'on retrouve en matière procédurale.

a. Le droit des sûretés : un droit d'exception

En droit civil québécois, le principe de l'égalité entre les créanciers constitue

*la pierre angulaire du droit applicable aux créanciers et aux sûretés ; il fait de l'égalité la règle, de la préférence l'exception. On y recourt constamment pour justifier l'interprétation stricte et rigoureuse des conditions d'existence des sûretés. Le créancier qui veut se sortir du rang des créanciers ordinaires doit démontrer, avec la rigueur de celui qui s'appuie sur une disposition d'exception, que la loi ou une convention que la loi autorise lui donne préséance.*³⁸

De plus, l'article 2647 du *Code civil du Québec*³⁹ édicte que « [l]es causes légitimes de préférence sont les priorités et les hypothèques » ; l'article 2664 C.c.Q. précise par ailleurs que « [l]'hypothèque n'a lieu que dans les conditions et suivant les formes autorisées par la loi » ; enfin, l'article 2663 C.c.Q. édicte que « [l]'hypothèque doit être publiée, conformément au présent livre ou au livre De la publicité des droits, pour que les droits hypothécaires qu'elle confère soient opposables aux tiers ».

On peut donc affirmer que le régime de sûretés constitue un régime dérogatoire ou exorbitant du droit commun, en ce qu'il préfère certains créanciers à d'autres en leur conférant une priorité de rang.

³⁸ Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n^o 129, p. 50. (Référence omise ; nos non-italiques).

³⁹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après cité « Code civil » ou « C.c.Q. »).

Ce principe fondamental doit être lu en conjonction avec l'interprétation qui se dégage de la portée de la juridiction inhérente des tribunaux québécois.

b. Articulation d'une théorie propre au droit civil québécois

La Cour supérieure du Québec est le tribunal chargé de l'application tant de la *Loi sur la faillite*⁴⁰ que de la *Loi sur les arrangements*⁴¹. Ainsi, cette Cour possède « la compétence pour exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la [LFI] durant son terme [...] »⁴².

Cette compétence juridictionnelle, auxiliaire et subordonnée de première instance, n'en est pas une découlant de la common law ou de l'*equity*. La Cour supérieure du Québec, ainsi que la Cour d'appel du Québec siégeant en matière de faillite et d'insolvabilité, n'ont jamais eu, au demeurant, la compétence juridictionnelle leur permettant de recourir aux principes de common law ou de l'*equity law*⁴³.

Eût-il été permis d'en douter, que le législateur fédéral, en modifiant récemment les dispositions de l'article 183 LFI, a mis un terme à toute tergiversation possible à cet égard⁴⁴. Cela est également vrai, que ce soit dans le cadre de l'application de la *Loi sur la faillite* ou dans celui de la *Loi sur les arrangements*, même si, dans

⁴⁰ Art. 183 (1.1) LFI.

⁴¹ Voir l'alinéa b) sous la définition du terme « tribunal », art. 2 LACC.

⁴² Art. 183 (1.1) LFI.

⁴³ Voir : Albert BOHÉMIER, « Recherche de bijuridisme : *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien* : Recueil d'étude / *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism*: Collection of Studies, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 1997, p. 863, à la page 905.

⁴⁴ Voir l'article 33 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral et du droit civil*, L.C. 2001, c. 4, sanctionnée le 10 mai 2001 et en vigueur, dans sa quasi-totalité, depuis le 1^{er} juin 2001 (C.P. 2001-956, *Décret fixant au 1^{er} juin 2001 la date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi, sauf la partie 8*, TR/2001-71, Gaz. C. 2001.II.1214); voir aussi : Jay SINHA et Luc GAGNÉ, *Projet de loi S-4 : Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, LS-379F, division du droit et du gouvernement, Direction de la recherche parlementaire, 31 janvier 2001, p. 12, texte disponible sur Internet à l'adresse suivante : [http://www.parl.gc.ca/common/Bills_ls.asp?lang=F&Parl=37&Ses=1&ls=S4&source=Bills_Senate_Government]

ce dernier cas, le législateur fédéral ne s'exprime pas de manière identique quant à l'attribution de la compétence de la Cour supérieure^{44a}.

Aux dispositions du sous-alinéa 183 (1) b) et des alinéas 183 (1.1) et (1.2) LFI, s'ajoutent celles, fondamentales, des articles 8.1. et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, qu'il importe de reproduire :

Property and Civil Rights

8.1 *Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.*

8.2 *Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.*

Propriété et droits civils

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

8.2 *Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.*⁴⁵

(date de consultation : 26 janvier 2006) : « Il faut aussi souligner les modifications proposées par l'article 33 à l'article 183 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. La Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec [font] l'objet de paragraphes particuliers afin d'éviter que leur soit attribuée la compétence de juger en droit et en *equity* possédée par les cours supérieures des provinces de common law [Référence omise] ».

^{44a} Au moment d'aller sous presse, la Cour suprême du Canada avait rendu sa décision dans *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Procureur général du Québec*, 2005 CSC 52, confirmant que la compensation en « *Equity* » ne saurait trouver application au Québec, les règles du Code civil s'appliquant à titre supplétif à la LFI.

⁴⁵ L.R.C. (1985), c. I-21. (Nos non-italiques).

Ces nouvelles dispositions de la *Loi d'interprétation* sont claires et non équivoques. Le principe que l'interprète des textes législatifs fédéraux devra respecter est simple. On devra, lorsqu'un texte fédéral s'applique dans une province donnée et qu'il recoure à l'application supplétive du droit privé de cette province, référer à la terminologie et aux concepts tels qu'entendus aux termes de ce droit supplétif. C'est à notre avis la démarche qu'a suivi la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Stelco Inc.*, mais sans la nommer.

Dit autrement, cela signifie que, lorsqu'un texte législatif fédéral s'applique au Québec et qu'il ne se dissocie pas clairement de l'application supplétive du droit civil par l'édition d'une disposition claire et non équivoque à cet effet, prévoyant par exemple une règle de droit propre qui pourra s'en écarter, l'interprète devra alors recourir au droit civil du Québec dans l'application du texte fédéral dans cette province⁴⁶.

Ainsi, la compétence et les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure du Québec, tribunal de droit commun, découlent des règles du *Code de procédure civile du Québec*, principalement des articles 2, 20, 31 et 46 C.p.c.⁴⁷. Ce sont ces pouvoirs qui sont inhérents à l'exercice de la compétence de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière d'insolvabilité, tant en vertu de la LFI que de la LACC⁴⁸.

Ces pouvoirs inhérents, qui permettent notamment au tribunal de « rendre les ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique »⁴⁹, ne sont pas sans limites. Au Québec, le droit procédural codifié par le législateur ne laisserait pas, soutient-on, une aussi grande liberté aux magistrats que celui des provinces de common law. C'est la loi qui prime. Les tribunaux ne pourront créer ou reconnaître de nouveaux droits, en

⁴⁶ Voir: Alain N. TARDIF et Antoine LEDUC, « Conséquences pratiques des plus récentes modifications législatives dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité », Association du Barreau canadien, division Québec, Montréal, 14 novembre 2001 [non publié]; Alain VAUCLAIR et Lyne TASSÉ, « Droit civil et common law en équilibre sur la balance de Thémis: l'exemple de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* », (2003) 37 R.J.T. 5, 11-14.

⁴⁷ Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1-7, 75, 76 et 102-105.

⁴⁸ Voir: *Castor Holdings Ltd. (Syndic de)*, J.E. 99-2246 (C.S.); Alain VAUCLAIR et Annie DRZYMALA, « Quelques questions de politique législative », (2003) 37 R.J.T. 147, 155-157.

⁴⁹ Art. 46 C.p.c.

cas de silence de la loi, que si l'interprétation conjuguée du *Code de procédure civile*, du *Code civil du Québec* (qui constitue le droit commun de la province de Québec) et des principes généraux du droit civil, permettent d'atteindre un tel résultat. C'est, du moins, ce que nous enseigne la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.* :

35 *D'origines fort diverses, les règles de la procédure civile québécoise font partie d'un Code de procédure. À ce titre, elles s'inscrivent dans une tradition juridique différente de la common law. Le droit fondamental en matière de procédure civile demeure celui qu'édicte l'Assemblée nationale. Ses règles se retrouvent dans un code rédigé en termes généraux. La création des règles de droit appartient ainsi principalement au législateur.*

36 *Le Code de procédure civile contient l'ordonnancement législatif du droit processuel. D'abord, il édicte l'ensemble des principales règles de procédure civile quant à la compétence des tribunaux, à l'institution des actions judiciaires, à leur mise en état, à la conduite de l'audience, au jugement et à son exécution. Ce cadre laisse place à un pouvoir réglementaire des tribunaux prévu par l'art. 47 C.p.c. Celui-ci permet aux juges des différentes cours d'adopter des règles de pratique, qui s'insèrent cependant dans le cadre général défini par la loi. (Voir Charpentier c. Ville de Lemoyne, [1975] C.A. 870; aussi D. Ferland et B. Emery, Précis de procédure civile du Québec (3^e éd. 1997), vol. 1, p. 68.)*

37 *De plus, le droit procédural reconnaît des pouvoirs inhérents aux tribunaux pour régler des situations non prévues par la loi ou les règles de pratique. (Voir Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec, [1979] 2 R.C.S. 618.) Des décisions de gestion ponctuelles peuvent également être rendues nécessaires par les particularités de certains dossiers. Cependant, ces pouvoirs inhérents ou accessoires, que consacrent d'ailleurs les art. 20 et 46 C.p.c., n'accordent aux tribunaux qu'une fonction subsidiaire ou interstitielle dans la définition du contenu de la procédure québécoise. La loi prime. Les tribunaux doivent baser leurs décisions sur celle-ci. Sans nier l'importance de la jurisprudence, ce système ne lui reconnaît pas le statut de source formelle du droit, malgré la légitimité d'une interprétation créatrice et ouverte sur la recherche de l'intention du législateur telle que l'expriment ou l'impliquent les textes de loi. (Voir J. Dainow, «The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison» (1967), 15 Am. J. Comp. L. 419, p. 424 et 426; A. Popovici, «Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec?» (1973), 8 R.J.T. 189, p. 193 et 199.)*

38 *Ainsi, la législature québécoise n'a pas laissé aux tribunaux la même marge de liberté que les législatures des autres provinces. La procédure*

civile se retrouve principalement dans le Code. Même si les règles de pratique ont pris graduellement de l'ampleur, il demeure qu'elles sont adoptées sous l'autorité de ce Code et dans le cadre général défini par celui-ci.

39 Un tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu'il l'estime opportune. À cet égard, dans le domaine de la procédure civile, le tribunal québécois ne possède pas le même pouvoir créateur qu'une cour de common law, quoique l'intelligence et la créativité de l'interprétation judiciaire puissent souvent assurer la flexibilité et l'adaptabilité de la procédure. Bien que mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation civiliste. (Voir J.-M. Brisson, « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte, faute de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte* (1989), 93, p. 93-95; aussi du même auteur : *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, op. cit., p. 32-33.) Suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent. La dissidence du juge Biron rappelle à juste titre ces caractéristiques d'un régime de droit codifié et souligne pertinemment la nature de la méthode d'analyse et d'examen applicable en l'espèce.

40 Cependant, cette étude cursive resterait incomplète si l'on omettait de souligner les liens de la procédure civile avec l'ensemble du droit québécois. Cette procédure civile est soumise aux principes généraux que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec*. Sa disposition préliminaire, dont la jurisprudence a déjà eu l'occasion de souligner l'importance (voir *Verdun (Municipalité de) c. Doré*, [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.), confirmé par notre Cour à [1997] 2 R.C.S. 862), déclare que le Code civil constitue le droit commun du Québec. La procédure civile doit donc tenir compte de ces principes. *Au-delà même du Code civil, elle doit aussi respecter les valeurs exprimées par la Charte québécoise dont l'art. 52 exprime la primauté dans les matières relevant de la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec. Son article 53 établit d'ailleurs un principe d'interprétation favorable à son application en cas de doute. Enfin, dans un domaine comme la publicité des procès, restent présents les principes constitutionnels fondamentaux de la Charte canadienne des droits et libertés lorsqu'ils sont applicables dans un débat judiciaire privé.*⁵⁰

⁵⁰ *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 35-40 et 78 (ci-après cité « *Lac d'Amiante* »). (Nos non-italiques).

Cela étant, suivant le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lac d'Amiante*, on peut tirer un certain nombre de conclusions relativement au pouvoir, pour la Cour supérieure du Québec, d'autoriser la création d'hypothèques judiciaires *sui generis* servant à garantir un financement débiteur-exploitant, de rang égal ou prioritaire aux sûretés créées antérieurement et dûment autorisées par la loi. Ces conclusions, comme nous le verrons, s'imposeront également en d'autres situations.

Tout d'abord, dans la mesure où les tribunaux des provinces de common law estiment que leurs « *inherent jurisdiction* » et « *equitable jurisdiction* » leur permet de décréter la constitution de telles sûretés (ce qui est remis en question par une certaine doctrine et, désormais, par l'interprétation proposée par la Cour d'appel de l'Ontario), les tribunaux du Québec ne pourraient importer ce concept au Québec sur la foi de ces sources, et ce, en vertu de l'effet combiné de l'article 183 LFI et des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*.

De plus, aucune disposition législative ne permet d'écarter le recours au droit civil à titre supplétif afin de permettre la constitution judiciaire, c'est-à-dire par décret du tribunal, d'une hypothèque en matière de faillite et d'insolvabilité ou d'arrangement avec les créanciers, à l'exception, peut-être, de l'article 47.2 LFI.

Cet article prévoit en effet la constitution d'une charge prioritaire en faveur du séquestre intérimaire nommé aux termes des articles 47 ou 47.1 LFI, afin de garantir le paiement de ses honoraires et débours. Cette charge affecte les avoirs du débiteur et a préséance sur les réclamations de tout créancier garanti. La portée de cet article est beaucoup plus restrictive que les financements débiteur-exploitant : la charge prioritaire ne sera accordée qu'après avoir avisé et entendu les créanciers garantis. De plus, la sûreté ne peut garantir les paiements effectués dans le cadre des opérations propres aux affaires du débiteur (art. 47.2 (2) LFI)⁵¹. C'est donc dire qu'un financement permettant au débiteur de continuer ses opéra-

⁵¹ *Contra: Charon Systems Inc./Charon Systèmes inc., Re*, (2001) 30 C.B.R. (4th) 201 (Ont. S.C.). Cette décision ne nous semble pas fondée, puisqu'elle s'écarte des termes explicites de la loi.

tions ne peut faire l'objet de cette garantie aux termes de cette disposition⁵².

Mentionnons enfin que l'article 47.2 LFI n'a pas d'équivalent dans la LACC. Cependant, les honoraires et débours du syndic de faillite, dans le cadre de la LFI, ne sont pas garantis, ne faisant l'objet que d'une préférence aux termes du sous-paragraphe 136 (1) (b) ii) LFI⁵³. Or, comme le rôle du contrôleur dans le cadre de l'application de la LACC se rapproche davantage de celui du syndic de faillite agissant dans le cadre d'un avis d'intention de faire une proposition que de celui du séquestre intérimaire⁵⁴, il nous semble difficile de s'inspirer de l'article 47.2 LFI afin d'inférer l'existence d'un principe qui pourrait autoriser la création d'une hypothèque judiciaire *sui generis* de rang égal ou prioritaire afin de garantir les honoraires et déboursés du contrôleur. Il serait encore plus difficile de s'en inspirer pour permettre la création de ce type de sûreté afin de garantir un financement obtenu pour la continuation des activités de l'entreprise.

Partant, il faudrait analyser la situation à la lumière du droit civil, afin de savoir si la Cour supérieure a la compétence et le pouvoir nécessaires à la constitution d'une sûreté judiciaire prioritaire, soit pour garantir les honoraires et débours de l'administrateur de l'insolvabilité, soit pour garantir un financement permettant au débiteur de continuer ses opérations. En cette matière, nous l'avons vu, toute sûreté constituée, en droit civil, est une exception au régime de droit commun. Aux termes du Code civil, qui constitue notre droit commun, les seules causes de préférences qui sont permises sont les priorités et les hypothèques. Il serait douteux que cette sûreté judiciaire puisse constituer une priorité⁵⁵. Il serait également douteux que cette sûreté puisse constituer une hypothèque légale⁵⁶.

⁵² Il existe peu ou prou de décision concernant cette disposition. Au Québec, mentionnons *PyroGenesis inc. (Syndic de)*, [2004] R.J.Q. 2769, J.E. 2004-1981 (J. C. Gascon) (C.S.), qui confirme l'importance de l'obligation d'aviser tout créancier garanti avant d'obtenir une sûreté qui serait prioritaire à la sienne. Cependant, le tribunal jouirait d'une large discrétion afin d'y faire droit, et ce, nonobstant toute opposition venant de la part de créanciers garantis.

⁵³ J. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 13, p. 137, 349, 460-462, 525 et 526.

⁵⁴ *Id.*, p. 167 et 168; *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Mine Jeffrey inc.*, [2003] R.J.Q. 420, par. 33-43 (C.A.).

⁵⁵ Voir: J. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 13, p. 179-181; P. BENOIT, *loc. cit.*, note 11, 21 :25-21 :27.

⁵⁶ *Id.*

Parmi les hypothèques légales, l'hypothèque judiciaire, qui est celle garantissant les créances résultant d'un jugement, prend rang selon la date de son inscription et tombe en cas de faillite⁵⁷ ; on voit mal comment de tels principes pourraient permettre au tribunal de créer une sûreté prioritaire faisant fi de l'ordre du temps. Les dispositions traitant du séquestre judiciaire⁵⁸ ou du séquestre⁵⁹ ne prévoient pas la constitution d'une sûreté afin de garantir les débours et honoraires du séquestre⁶⁰.

Compte tenu de ce qui précède, il semble difficile de pouvoir inférer du *Code de procédure civile*, du Code civil et des principes généraux du droit civil, les éléments qui permettraient de conclure que la Cour supérieure, exerçant ses pouvoirs inhérents ou sa discrétion judiciaire, peut autoriser la création d'une sûreté prioritaire, sans exigence de publicité, dans le contexte des procédures de la LACC ou de la LFI.

Au demeurant, la Cour d'appel du Québec a soutenu que, lors de l'application de la LACC, « le tribunal peut rendre toutes les ordonnances nécessaires au maintien du *statu quo* pendant la période de proposition »⁶¹. Convenir judiciairement de modifier l'ordre de priorité entre les créanciers prévu par la loi dépasse certainement le *statu quo*.

De plus, si l'on a jugé que le pouvoir du contrôleur, avec ou sans l'autorisation du tribunal, de mettre fin à un contrat s'applique difficilement à une convention collective en raison du cadre législatif

⁵⁷ Voir : art. 2724 (4) et 2730 C.c.Q. Il s'agit, dans ce cas, d'un jugement portant condamnation à verser une somme d'argent, ce qui ne peut se transposer au cas du financement débiteur-exploitant. Voir aussi l'article 70 (1) LFI quant aux effets de la faillite sur une telle hypothèque légale.

⁵⁸ Art. 742-750 C.p.c.

⁵⁹ Art. 2305-2311 C.c.Q.

⁶⁰ Même si les dépenses d'un liquidateur, d'un séquestre ou d'un agent peuvent bénéficier de la priorité de l'alinéa 2651 (1) C.c.Q. concernant les frais de justice et les dépenses faites dans l'intérêt commun, en certaines situations limitées où il est justement démontré que ces dépenses ont été encourues dans l'intérêt commun ou que sans les services rendus, la vente des biens n'aurait pas eu lieu, il faut rappeler que cette priorité ne survivrait pas, dans un contexte de faillite, compte tenu de l'interprétation de l'article 136 LFI. Voir : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 38, n° 224-226, note 265, p. 87.

⁶¹ *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Mine Jeffrey inc.*, précité, note 54, par. 31.

qui en fait un instrument particulier dépassant le simple contrat bilatéral⁶², on voit mal comment un tel raisonnement ne devrait pas s'appliquer à la constitution de sûretés, au régime de publicité et au maintien de l'ordre de priorité entre les créanciers, également d'ordre public, à moins qu'une disposition législative d'exception, qui serait édictée par le législateur fédéral, ne le prévoit explicitement. Ainsi, à l'heure actuelle, suivant ces principes, force est de constater qu'en droit, au Québec, les tribunaux ne peuvent autoriser la constitution de financement débiteur-exploitant ni ordonner la création d'une hypothèque, quelle qu'elle soit.

Techniquement, une débitrice pourrait néanmoins consentir une hypothèque de la façon indiquée par le Code civil et obtenir les cessions de rang nécessaires, ce dont le tribunal pourrait prendre acte. Évidemment, d'un point de vue pratique, cette mécanique suppose des négociations dont l'issue est incertaine.

À l'égard de la portée de la discrétion judiciaire des tribunaux québécois, on note un certain flou et certaines contradictions dans les jugements recensés. À titre d'exemple, il est intéressant de relever l'une des décisions rendues dans l'arrangement relatif à Papiers Gaspésia inc.⁶³. Une requête en substitution d'une garantie et en annulation d'une lettre de crédit fut présentée au tribunal, afin qu'une hypothèque légale, déjà substituée par lettre de crédit aux termes de l'article 2731 C.c.Q., soit de nouveau remplacée par l'hypothèque légale initiale. À bon droit, le tribunal estima que rien ne l'autorisait à s'écarter des termes de la loi qui ne prévoient pas cette possibilité. Cela étant, on ne voit pas pourquoi ce principe ne s'appliquerait pas également en matière de création d'« hypothèques judiciaires *sui generis* » dans le cadre de l'octroi d'un financement débiteur-exploitant.

Par ailleurs, le tribunal peut-il ordonner la vente d'éléments d'actif d'une débitrice par le contrôleur et ordonner qu'une telle vente ait l'effet d'une vente sous contrôle de justice aux termes des dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* et du *Code de procédure civile*? Pas nécessairement, parce qu'il s'agit d'un droit hypothécaire clairement défini et circonscrit et que l'on ne peut le conférer à quelqu'un qui ne détient pas d'hypothèque. Cependant, le tribunal

⁶² *Id.*, par. 44-46, 52 et 53.

⁶³ *Papiers Gaspésia inc. (Dans l'affaire du plan d'arrangement de)*, [2004] R.D.I. 391 (C.S.), J.E. 2004-965 (J. P. Chaput) (C.S.).

s'estime autorisé à ordonner que pareille vente ait l'effet d'une vente forcée et que tous les droits réels inscrits soient purgés par l'effet de son jugement autorisant la vente, et ce, afin de permettre aux objectifs de la *Loi sur les arrangements* d'être atteints⁶⁴. Cette décision, s'inscrivant dans le contexte ô combien particulier de la réorganisation (ou plutôt de la liquidation) de Papiers Gaspésia inc., s'explique très certainement d'un point de vue pratique; sur le plan juridique, on peut toutefois émettre de sérieuses doutes à cet égard⁶⁵. La Cour d'appel a refusé d'entendre l'appel logé sur cette question et ne s'est pas prononcée à ce sujet, estimant que toute réponse théorique différente du jugement de première instance ne pourrait s'avérer satisfaisante dans le contexte factuel très particulier de cette affaire⁶⁶.

Ce qu'il faut conclure de tout cela, c'est que l'interprétation libérale de la *Loi sur les arrangements* va dans plusieurs directions, parfois opposées. Il devient par conséquent difficile de prévoir à l'avance les effets d'une restructuration sur les relations contractuelles et sur les principes juridiques que l'on croit établis. Cette incertitude juridique présente assurément bon nombre de conséquences dans l'établissement de ces rapports, notamment au niveau des coûts. Une interprétation différente, s'inspirant des principes d'interprétation que nous venons d'énoncer, permettrait de dissiper bien des incertitudes. Cela démontre également qu'une réforme législative majeure est souhaitable en ce domaine.

Nous verrons maintenant que l'usage de la « juridiction inhérente » peut constituer une forme de processus menant à s'interroger sur le sens de la véritable réforme du droit.

B. De l'usage de la « juridiction inhérente » : panacée ou obstacle à la véritable réforme du droit ?

Le processus de réforme du droit est inévitable et souhaitable. Il permet d'adapter la loi en fonction des exigences de la vie en société à un moment donné. Malgré toute la souplesse dont le processus judiciaire peut faire preuve, c'est néanmoins le législateur qui doit

⁶⁴ *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-74 (j. P. Chaput) (C.S.) (requête pour permission d'appeler rejetée).

⁶⁵ Nous n'analyserons pas cette question dans le cadre du présent article.

⁶⁶ *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-75 (j. Bich) (C.A.).

présider aux réformes qui s'imposent lorsque la loi ne répond plus aux besoins de la société.

En matière de droit de l'insolvabilité, on peut soutenir que le processus législatif ne répond probablement pas assez rapidement aux désirs de changements de l'industrie. Cela explique peut-être l'usage si répandu du recours à la juridiction inhérente par les tribunaux.

Néanmoins, une telle situation est problématique à plusieurs égards, d'abord au chapitre de la prévisibilité des rapports entre les débiteurs et les créanciers (1), ensuite dans le développement d'un processus de réforme du droit à deux vitesses (2).

1. Des rapports entre les débiteurs et les créanciers

De l'étude de la réglementation entre les débiteurs et les créanciers, on relève un certain nombre de points de frictions entre divers intérêts divergents. Doit-on favoriser la liquidation ou la restructuration des entreprises? Faut-il privilégier le principe de la stabilité des transactions afin de minimiser le coût du crédit (a), ou encore, lui préférer celui de la flexibilité et de la souplesse visant à permettre la restructuration des entreprises en difficulté (b)?

a. Stabilité des transactions et impact sur le coût du crédit

D'un côté, on s'inquiète de cette grande latitude des tribunaux en matière de réorganisations commerciales. D'une part, une culture de la réorganisation («*rescue culture*»), par opposition à la liquidation, s'est développée pour dorénavant s'imposer, et ce, au bénéfice des têtes dirigeantes d'une entreprise aux frais des autres parties impliquées. Plusieurs compagnies qui ne sont pas viables bénéficieraient de ces mesures, ce qui à long terme peut nuire au succès des véritables restructurations d'entreprise «viables». Le coût du crédit peut s'en trouver affecté, nuisant, de ce fait, à l'obtention du crédit par les entreprises dans leurs opérations courantes. Enfin, les tribunaux ne tiennent pas compte de principes juridiques et commerciaux bien établis dans leur interprétation de la loi⁶⁷. Pour

⁶⁷ Voir, notamment: A. KENT, *loc. cit.*, note 30.

cela, des règles claires et une législation plus détaillée sont souhaitables.

b. Flexibilité et souplesse permettant la restructuration des entreprises en difficulté encore viables

D'un autre côté, on soutient que le régime canadien mis en place notamment par la *Loi sur les arrangements* fonctionne plutôt bien. De façon générale, les restructurations consistent en des processus négociés à l'avance entre les débiteurs et leurs créanciers, que les tribunaux ne font en somme qu'avaliser, ce qui s'est avéré profitable à toutes les catégories de créanciers, dont les créanciers garantis au premier chef. Si l'on estime qu'il peut être souhaitable d'établir des règles plus claires et de procéder à une réforme du droit en la matière, on craint par ailleurs que cela ne favorise l'émergence d'un processus moins flexible et, partant, moins adapté à l'évolution des besoins de l'industrie⁶⁸.

La question de la réforme du droit emprunte plusieurs ramifications.

2. Un processus de réforme du droit à deux vitesses ?

La question est posée. Sommes-nous en présence d'un processus de réforme du droit à deux vitesses, l'un procédant de l'usage de la juridiction inhérente, en passant par l'adoption d'un modèle d'ordonnance initiale uniforme dans le cadre des procédures de réorganisation (a), l'autre empruntant la longue et tout aussi incertaine voie du processus législatif (b) ?

a. De l'usage de la « juridiction inhérente » à l'adoption d'un modèle d'ordonnance initiale uniforme

On peut soutenir que les tribunaux tentent de répondre de leur mieux aux impératifs commerciaux, avec les outils dont ils disposent. Cependant, on peut se demander si ce recours si fréquent à la « juridiction inhérente » dans son sens le plus libéral et permissif, d'abord par les tribunaux des provinces de common law, puis au Québec, n'a pas donné lieu à une certaine surenchère qui n'est pas

⁶⁸ Voir, notamment : J. SARRA, *loc. cit.*, note 27, 294.

nécessairement bénéfique du point de vue de l'articulation cohérente de principes juridiques communs dans un domaine bien précis du droit, soit celui des restructurations commerciales.

Ainsi, on aurait véhiculé l'idée que les tribunaux du Québec n'ont pas d'expertise comparable à celle des tribunaux ontariens en cette matière, et qu'en raison des contraintes propres au droit civil, ils font preuve de moins de souplesse dans l'application des mêmes textes législatifs. Pour cela, certains ont l'impression que bon nombre de restructurations commerciales d'envergures de sociétés ayant leur siège social au Québec se sont plutôt déroulées à Toronto. L'exemple le plus frappant serait celui de la réorganisation de la compagnie aérienne Air Canada.

Afin de contrer cet exode des dossiers de restructurations, divers scénarios ont été envisagés par nombre d'intervenants en la matière. À titre d'exemples, on note la création, en novembre 2001, d'une nouvelle division de la Cour supérieure du district judiciaire de Montréal, soit la Chambre commerciale, qui se consacre exclusivement à entendre des causes découlant de la *Loi sur la faillite*, de la *Loi sur les arrangements* et de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁶⁹. Plusieurs magistrats se consacrent désormais principalement à ce domaine et répondent avec célérité aux demandes qui leur sont présentées⁷⁰.

Par ailleurs, le comité de liaison du Barreau de Montréal avec la Chambre commerciale, a élaboré une « Formule abrégée d'ordonnance initiale pouvant être rendue aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (c. C-36)* »⁷¹. L'objectif de cette Ordonnance initiale modèle, une première en son genre au Canada, est de doter les praticiens d'un outil de travail pratique et uniforme, permettant de faciliter leur travail et de simplifier la tâche aux tribunaux. On pense qu'un tel outil aidera à mettre un frein à ce « magasinage de juridictions » (« *forum shopping* ») et redonnera aux

⁶⁹ L.R.C. (1985), c. C-44.

⁷⁰ Voir, notamment: Yves LAVERTU, « Chambre commerciale: modèle d'ordonnance », *Journal du Barreau*, Montréal, 1^{er} novembre 2004, 3.

⁷¹ Disponible sur le site du Barreau de Montréal, à l'adresse Internet suivante: [<http://www.barreau.qc.ca/montreal/loads/Version-Abrégée-Finale-21-01-05.doc>] (date de consultation: 17 avril 2005) (ci-après citée « Ordonnance initiale modèle »). Ce document est également disponible en anglais.

tribunaux montréalais la place qui leur revient dans ce domaine du droit commercial⁷².

Cette initiative est fort louable et présente de nombreux avantages pratiques. Cependant, d'un point de vue théorique, elle commande une certaine prudence. L'analyse de ce document dépasse le cadre du présent texte. Toutefois, quelques brefs commentaires s'imposent.

Il est précisé, sur le site Web du Barreau de Montréal, que « [l]es dispositions de cette ordonnance initiale auront peut-être à être débattues devant le tribunal, aucune assurance n'étant donnée, ni opinion n'étant émise relativement au dispositif de cette ordonnance. Les avocats devront indiquer au tribunal toute différence pouvant exister entre l'ordonnance initiale recherchée et celle qui est proposée à titre de formule abrégée [...] ». Il fut également affirmé que « le texte ne consistera pas en un document officiellement avalisé par les magistrats »⁷³. Cependant, on sait que les juges membres de la Chambre commerciale de Montréal ont participé activement au processus du Comité de liaison ayant mené à l'adoption de cette Ordonnance initiale modèle. Évidemment, les tribunaux peuvent remettre en cause la validité même de l'une ou l'autre des conclusions qui figurent dans l'ordonnance proposée. Le feront-ils? Peut-être! Ils seront sans doute conscients qu'une interprétation défavorable à une telle ordonnance pourrait inciter les intéressés à s'adresser à un forum plus conciliant, notamment à des instances judiciaires des provinces voisines. Ne s'agit-il pas d'un autre argument militant en faveur d'une approche plus restrictive de la discrétion judiciaire et de la juridiction inhérente, et ce, à travers l'ensemble du Canada, puisque cela aurait pour effet d'uniformiser le droit et de le rendre plus prévisible^{73a}?

⁷² Y. LAVERTU, *loc. cit.*, note 70; Bernard SYNNOTT, « Propos du Bâtonnier de Montréal: Des sujets chauds pour l'année à venir », *Journal du Barreau*, Montréal, 1^{er} août 2004.

⁷³ Y. LAVERTU, *loc. cit.*, note 70. En effet, l'existence n'en est pas mentionnée sur le site Internet de la Cour supérieure du Québec.

^{73a} À cet égard, voir l'ordonnance rendue dans *MEI Company Technology*, précité, note 18a, par. 24 et 25. Le juge Clément Gascon refusa d'adhérer à nos arguments, considérant que les principes de la juridiction inhérente avaient été suffisamment établis par la doctrine libérale et la jurisprudence l'ayant suivie. Pour d'autres motifs, cependant, le tribunal refusa d'octroyer une charge prioritaire en faveur des employés. Avec déférence, nous ne pouvons souscrire à

À ce chapitre, notons que l'Ordonnance initiale modèle prévoit la constitution d'une charge prioritaire en faveur des administrateurs de la débitrice, afin de garantir toute réclamation en responsabilité qui pourrait être présentée contre eux. Elle prévoit également la constitution d'une charge prioritaire en faveur du contrôleur nommé par le tribunal. Ces charges, nommées improprement « hypothèques », font l'objet d'une indication de montant; cependant, aucune exigence de publicité n'est mentionnée. De plus, l'on y prévoit que ces hypothèques ne pourront être considérées à titre de préférence frauduleuse, et qu'elles seront valides nonobstant l'existence de clauses contractuelles en faveur de prêteurs existant interdisant de nouveaux emprunts de la part de la débitrice ou la création de nouvelles sûretés⁷⁴.

Pour les raisons que nous avons déjà exposées auparavant, ces dispositions sont à notre avis nulles et non avenues. Le tribunal n'a pas le pouvoir de rendre ce genre d'ordonnances, qui sortent clairement de l'étendue de sa discrétion judiciaire et qui n'ont rien à voir avec l'exercice de sa juridiction inhérente. À notre avis, cette analyse vaudrait également dans les provinces de common law.

En cela, de l'interprétation de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Stelco Inc.*, de même que d'une analyse civiliste plus rigoureuse, on pourrait voir émerger une interprétation plus uniforme de la législation d'un océan à l'autre, s'appuyant sur un bijuridisme canadien valable tant dans les provinces de common law qu'au Québec, référant les tribunaux au droit provincial applicable en cas de silence du législateur fédéral en droit privé. Comme cela n'est toutefois pas certain, ces tergiversations, ces différences possibles d'application d'un texte de loi d'une province à l'autre, ces processus de réforme du droit parcellaires et informels, méritent toute l'attention qui leur revient et d'être davantage encadrés. Une réforme législative d'en-

l'opinion du juge dans cette affaire. En effet, lorsqu'il est démontré qu'une série de précédents est fondée sur une erreur, en droit, le tribunal n'est pas tenu de continuer à suivre un courant jurisprudentiel. Nous soumettons respectueusement que cette interprétation libérale est erronée. À cet égard, les précédents ne valent que ce que valent leurs motifs. Voir, en ce sens : A. RIVARD, *Manuel de la Cour d'Appel*, Montréal, Éditions Variétés, 1941, p. 55; voir également : Albert MAYRAND, « L'autorité du précédent au Québec », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 259, 284 et 285; voir, enfin : *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

⁷⁴ Voir l'Ordonnance initiale modèle, précitée, note 71, par. 21, 22, 28, 29 et 30-36.

semble, présidée par le législateur, s'impose et s'avère des plus nécessaires et urgente.

b. De la réforme du droit canadien de l'insolvabilité et de ses influences externes

La réforme du droit de l'insolvabilité n'est pas la plus facile qui soit. Bien que les articles 216 LFI et 22 LACC édictent que ces lois doivent être révisées à tous les cinq ans par un comité parlementaire, la dernière réforme date de 1997. Le *Comité sénatorial permanent des banques et du commerce* a complété cet exercice et remis son rapport, comportant des recommandations de modifications législatives⁷⁵; il semble toutefois que l'instabilité actuelle du gouvernement fédéral ne favorise pas la complétion de ce processus menant à une réforme du droit^{75a}.

⁷⁵ CANADA, Sénat, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, « Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : examen de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », dans *Journal du Sénat* (4 novembre 2003), document parlementaire n° 2/37-784S (ci-après cité « Rapport du Comité sénatorial »).

^{75a} Après la remise du présent article à l'éditeur, le législateur fédéral a rendu public le projet de loi suivant : P.L. C-55, *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, sanctionné le 25 novembre 2005, 1^{re} session, 38^e législature (ci-après cité « P.L. C-55 »). Cette loi, qu'il ne nous appartient pas de commenter en ces pages, nous semble fortement dictée par les impératifs d'un gouvernement minoritaire. En effet, lorsqu'elle entrera en vigueur, il est à prévoir qu'elle provoquera un bouleversement considérable des habitudes de crédit, au détriment des sûretés dont bénéficient normalement les institutions financières et, par conséquent, créant le risque de réduire l'accès au crédit à des coûts minimes. En outre, le P.L. C-55 prévoit des modifications substantielles à la législation actuellement en vigueur, afin, notamment, d'octroyer aux salariés une charge prioritaire. Également, des financements assortis de charges prioritaires en faveur des syndicats, contrôleurs et prêteurs intérimaires, assujetties à l'enregistrement, pourraient être autorisés par le tribunal, et ce, tant en contexte d'avis d'intention de faire une proposition concordataire qu'en contexte de faillite, sous l'empire de la *Loi sur la faillite*, ou dans un contexte d'arrangement, sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*. Voir notamment les articles 24-26, 36, 42, 67, 70, 101(2) et 128 P.L. C-55. De même, on ignore quelle sera la nouvelle portée de la juridiction inhérente sous la LACC aux termes du P.L. C-55. Cette réforme n'est pas encore entrée en vigueur. On peut souhaiter que le Parlement procède à des changements substantiels au P.L. C-55 avant d'en prononcer la mise en vigueur. Il s'agit en effet d'une loi à notre avis très discutable et indésirable pour l'économie canadienne, dans sa facture actuelle. Voir, enfin, les commentaires de Jacob ZIEGEL, « The Travaux of Bill C-55 », (2005) 42 *Can. Bus. L.J.* 440.

Le Rapport du Comité sénatorial prévoit la constitution de financements débiteur-exploitant assortis d'une charge prioritaire. En résumé, on propose d'adapter les critères qui se dégagent de la jurisprudence actuelle en cette matière. On rejette les critères du droit américain, nécessitant entre autres que tout créancier antérieur qui se verrait déclassé, se voit conféré une « protection suffisante » (« *adequate protection* ») permettant de préserver la valeur économique de sa sûreté. Avant de rejeter cette solution américaine, nous croyons qu'il y aurait lieu de poursuivre cette réflexion plus loin. Le Rapport du Comité sénatorial ne reflète certainement pas une vision unanime de tous les intervenants du milieu. De toute façon, à cet égard, il n'existait pas d'unanimité entre les différents intervenants qui ont présenté un mémoire lors des audiences du Comité⁷⁶.

L'Association des banquiers canadiens a, pour sa part, exprimé le souhait que les financements débiteur-exploitant soient limités aux restructurations de grandes entreprises sous l'empire de la LACC, car autrement les coûts du crédit en seraient affectés⁷⁷. Nous serions tentés d'ajouter que le seuil de cette loi, permettant à toute entreprise ayant un endettement minimal de 5 millions de dollars, devrait probablement être révisé à la hausse. Aujourd'hui, nombre de petites et moyennes entreprises (« PME ») disposent d'un endettement supérieur à ce montant. Le résultat pratique est que l'on tente désormais de faire bénéficier à certaines PME du régime de la LACC, alors qu'elles devraient clairement tomber sous le coup des dispositions visant le concordat de la LFI. Cela engendre une incertitude grandissante, en raison de l'interprétation libérale de la LACC et de l'absence apparente de règles claires. À notre connaissance, il n'existe pas de recommandation formulée en ce sens.

*
* *

Notre exposé démontre, si besoin était, la complexité du droit en matière de réorganisations commerciales. Si le financement d'une entreprise insolvable mais encore viable, durant la période intéri-

⁷⁶ Rapport du Comité sénatorial, *loc. cit.*, note 75, 116-119. Le P.L. C-55 va encore plus loin dans ce sens que ce qui était recommandé par le Comité sénatorial.

⁷⁷ CANADIAN BANKER ASSOCIATION, « Examination of the Administration and Operation of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies Creditors Arrangement Act », soumis au Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, Juin 2003 [non publié], p. 5 et 6.

maire précédant la présentation d'un plan d'arrangement à ses créanciers, peut être souhaitable dans bien des cas, il n'en reste pas moins que des balises législatives claires auront pour effet de lever tous les doutes à cet égard, favorisant ainsi la stabilité du droit et des relations commerciales, les parties pouvant compter sur une interprétation prévisible des normes juridiques édictées.

À cet égard, et quelle que soit la réforme éventuelle en la matière, il nous semble qu'il faudra repenser le rôle et le mode d'intervention des tribunaux, à la lumière de l'arrêt *Stelco Inc.* de la Cour d'appel de l'Ontario, de l'arrêt *Lac d'Amiante* de la Cour suprême du Canada, et des articles 8.1. et 8.2 de la *Loi d'interprétation*. La compétence inhérente et la discrétion judiciaire ne sont pas, elles non plus et à l'instar de la *Loi sur les arrangements*, des notions désincarnées de tout autre fondement juridique. Bien qu'ils disposent d'une certaine liberté pour dire et créer le droit, les tribunaux jouissent néanmoins d'une liberté encadrée et circonscrite. Le droit substantif est l'œuvre du législateur, surtout en droit civil. La réforme du droit, articulée, œuvre de compromis, passe inévitablement par le processus législatif. Les tribunaux doivent s'en faire les gardiens.

