

GRANDS PAS ET FAUX PAS DE LA COMPÉTENCE INHÉRENTE DES TRIBUNAUX EN DROIT CANADIEN DE L'INSOLVABILITÉ : QUI FAIT LA LOI ?

Antoine LEDUC

Volume 111, Number 2, September 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044884ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044884ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

LEDUC, A. (2009). GRANDS PAS ET FAUX PAS DE LA COMPÉTENCE INHÉRENTE
DES TRIBUNAUX EN DROIT CANADIEN DE L'INSOLVABILITÉ : QUI FAIT LA
LOI ? *Revue du notariat*, 111(2), 425–455. <https://doi.org/10.7202/1044884ar>

GRANDS PAS ET FAUX PAS DE LA COMPÉTENCE INHÉRENTE DES TRIBUNAUX EN DROIT CANADIEN DE L'INSOLVABILITÉ : QUI FAIT LA LOI ?*

Antoine LEDUC**

INTRODUCTION	427
I. DE L'ÉTABLISSEMENT D'UNE CULTURE DU SAUVETAGE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ (<i>RESCUE CULTURE</i>) : DÉTOURNEMENT DU GAGE COMMUN DES CRÉANCIERS ET DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE ?	429
A. Les procédures collectives disponibles aux entreprises et aux créanciers : liquidation ou restructuration ?	429
1. Sous l'empire de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i>	429
2. Sous l'empire de la <i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i> (« LACC »)	431
B. L'évolution pratique et prétorienne : de l'usage libéral de la compétence inhérente des tribunaux	432

* Par ce titre, nous voulons rendre hommage à l'un de nos anciens maîtres dont nous avons eu le privilège de recevoir l'enseignement à la Faculté de droit de l'Université McGill, M. le professeur Pierre-Gabriel JOBIN, qui a contribué de façon significative à la critique et à l'illustration du droit civil québécois. Nous pensons, entre autres, à l'article suivant : Pierre-Gabriel JOBIN, « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », (1991) 32 *Les Cahiers de Droit* 155. La recherche est à jour au 8 mai 2009. Le présent texte n'est pas une recherche exhaustive sur le sujet mais plutôt un commentaire général sur les principales problématiques qu'il soulève.

** B.C.L./LL.B. (McGill), LL.M. (Montréal), avocat, associé, Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l., Chercheur associé, Chaire en droit des affaires et du commerce international, Faculté de droit, Université de Montréal.

1. Compétence inhérente ou discrétion judiciaire ? Les leçons non apprises de l'arrêt <i>Stelco Inc. (Re)</i> , (2005) 9 C.B.R. (5th) 135	433
2. Les principaux types d'ordonnances rendues par les tribunaux dans le contexte de la LACC	435
a) Financement intérimaire et charges prioritaires <i>sui generis</i>	435
b) Résiliation de contrats et ventes judiciaires purgeant les droits réels.	437
c) Et la cohérence ?	439
3. L'établissement d'ordonnances initiales modèles par les barreaux en collaboration avec les chambres commerciales de la Cour supérieure siégeant en matière de LACC	440
II. DE LA RÉFORME DU DROIT CANADIEN DE L'INSOLVABILITÉ : DE L'ABDICATION PAR LE LÉGISLATEUR D'UNE COMPÉTENCE LÉGISLATIVE AU PROFIT DES TRIBUNAUX ?	443
A. Les traits saillants de la réforme en cours.	445
B. Le glissement du pouvoir législatif du législateur aux tribunaux : consécration de la discrétion judiciaire	446
C. De la nécessité de créer un organisme permanent assurant la réforme continue du droit canadien de l'insolvabilité	451
CONCLUSION	454

INTRODUCTION

Nos collègues universitaires civilistes qui consacrent la majeure partie de leur activité à l'enseignement du droit civil et à la recherche en ce domaine, réfléchissent depuis plusieurs années déjà au fameux « pouvoir du juge de modifier un contrat »¹. Les principes de la stabilité contractuelle et de l'accord de volonté (ou de volontés, au singulier ou au pluriel, c'est selon), favoriseraient une interprétation plus stricte du contrat, mais le *Code civil du Québec*², tout en n'adoptant pas les principes de l'imprévision³ ou de la lésion entre majeurs a néanmoins ouvert la porte à certains tempéraments, que ce soit dans l'articulation des notions de bonne foi et d'abus de droit, dans ses divers chapitres.

Toutefois, le contrat, qui serait pourtant la loi des parties, est malmené⁴, pour ne pas dire très souvent, désormais, ignoré par les avocats et les tribunaux, entichés qu'ils sont de chercher ailleurs, dans les lois ou dans leurs pouvoirs, une façon d'adapter les relations contractuelles, pourtant hautement négociées, à ce qu'ils appellent la « réalité commerciale ». Un exemple éclatant de ce phénomène s'observe dans les arrêts rendus par toutes les instances, de la Cour supérieure du Québec à la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *BCE*⁵, dont on pourrait soutenir que la décision rendue

-
1. Voir, notamment Pierre-Gabriel JOBIN, « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 399.
 2. L.Q. 1991, c. 64 [le « Code civil » ou « C.c.Q. »].
 3. Voir, notamment Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 767.
 4. Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 417, aux p. 420-421 : « Ainsi, depuis une trentaine d'années, industriels, commerçants et banquiers ont-ils été témoins, avec inquiétude, du déclin de la stabilité contractuelle. De diverses manières, ils ont résisté à ces nouvelles valeurs, confusément appelées « équité », qu'ils ont perçues comme des attaques dirigées contre la stabilité. En réalité, celle-ci n'a pas perdu ses vertus inhérentes ; si son rôle a été affaibli – et sans doute le sera-t-il encore dans l'avenir –, c'est parce que l'autonomie de la volonté elle-même ne domine plus le monde contractuel sans rival. »
 5. Voir *BCE inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCA 935 ; *BCE inc. c. Détenteurs de débentures de 1967*, 2008 CSC 69.

aurait dû ne reposer que sur l'analyse contractuelle plutôt que d'ouvrir la porte à une discussion tous azimuts sur des recours légaux en droit des sociétés, aux contours vagues et imprécis⁶.

Dans le domaine de l'insolvabilité et des restructurations commerciales, le pouvoir du juge de modifier un contrat passe désormais pour un euphémisme. Ce n'est pas seulement le contrat dont le juge s'arroge le droit de modifier les termes, mais la loi elle-même. Sous le couvert de sa compétence (ou juridiction⁷) inhérente, le juge modifie l'ordre de priorité entre les créanciers, permet la création de sûretés *sui generis*, résilie des contrats, autorise des ventes qui purgent les droits réels, libère des cautions, etc. Ainsi, il s'est établi, depuis une dizaine d'années, une culture du sauvetage des entreprises en difficulté (i.e. *rescue culture*)⁸, dont on peut se demander si elle ne constitue pas, en définitive, un détournement du gage commun des créanciers et du patrimoine de l'entreprise [I]. En effet, cela semble désormais le mot d'ordre et le seul objectif qui compte vraiment. Les principes de stabilité contractuelle et ceux de l'interprétation des lois sont mis au rancart. Le contrat, œuvre de prévision, et la législation, qui assure également cette fonction structurante par la cohérence d'ensemble, sont autant de notions dont on ne semble plus faire de cas.

Il y a donc lieu, dans ce contexte, de s'interroger sur la réforme du droit canadien de l'insolvabilité [II]. Assistons-nous à une abdication par le législateur de sa propre compétence législative en la matière au profit des tribunaux ? Nous le croyons, et c'est ce que ce court texte tentera de démontrer. Ce sera également l'occasion de se pencher sur le rôle du législateur, qui doit normalement procéder à l'arbitrage réfléchi des intérêts en présence dans la société, ainsi qu'au rôle des tribunaux, qui doivent se faire les gardiens de l'ordre établi par le législateur, dans les limites de ses compétences, bien entendu.

6. Il ne nous appartient pas de nous livrer à l'analyse de ces décisions en ces pages, ce que nous nous réservons pour un autre article.

7. Anglicisme abondamment utilisé.

8. N'est-ce pas là d'ailleurs le titre d'un ouvrage bien en vogue : Janis SARRA, *RESCUE! The Companies' Creditors Arrangement Act*, Toronto, Thomson Carswell, 2007.

I. DE L'ÉTABLISSEMENT D'UNE CULTURE DU SAUVETAGE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ (RESCUE CULTURE) : DÉTOURNEMENT DU GAGE COMMUN DES CRÉANCIERS ET DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE ?

Un bref rappel des types de procédures collectives qui s'offrent aux débiteurs et aux créanciers s'avère nécessaire [A], avant de discuter de l'évolution pratique et prétorienne de l'usage libéral de la compétence inhérente des tribunaux [B].

A. Les procédures collectives disponibles aux entreprises et aux créanciers : liquidation ou restructuration ?

Certaines procédures collectives ont pour finalité la liquidation des biens de l'entreprise insolvable. C'est le cas de celle mise de l'avant aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁹ [1], bien que cette loi comporte aussi une procédure permettant la restructuration de l'entreprise insolvable, l'autorisant à faire une proposition concordataire à ses créanciers.

La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹⁰ a pour seul objectif de permettre la restructuration de l'entreprise insolvable [2]. Elle vise, en principe, la « grande » entreprise.

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

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est un code complet en la matière qui comporte 275 articles ainsi qu'une réglementation détaillée de 137 articles. Tout y est prévu : de l'administration du processus par la nomination des fonctionnaires appropriés, de la procédure elle-même de mise en faillite forcée ou de cession volontaire de ses biens, des procédures entourant les assemblées de créanciers et l'administration des actifs, des règles concernant les biens du failli, de l'ordre de priorité entre les créanciers, des tribunaux et de leur rôle, des droits et obligations du failli, des infractions pénales, des faillites de courtiers en valeurs mobilières et de l'insolvabilité en contexte international.

9. L.R.C. (1985), c. B-3 [la « *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* » ou la « LFI »].

10. L.R.C. (1985), c. C-36 [la « *Loi sur les arrangements* » ou la « LACC »].

La faillite et l'insolvabilité touchent des domaines de compétence législative qui tomberaient normalement sous le couvert de la propriété et des droits civils, donc du droit privé, et qui devraient être régis par le droit provincial, souverain dans ces domaines¹¹. Or, l'article 91(21) de la *Loi constitutionnelle* confère au législateur fédéral la compétence exclusive en matière de « banqueroute et d'insolvabilité ». C'est dire qu'il existe un chevauchement de compétences, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* se chargeant d'établir la procédure collective proprement dite, mais dont le socle est constitué du droit privé applicable dans chaque province¹². Les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*¹³ ne font que confirmer cet état de fait. Il est toutefois utile de le rappeler, car dans le contexte de l'interprétation de la législation en matière d'insolvabilité, on a parfois tendance à l'oublier. Nous verrons aussi l'incidence que cela peut présenter sur la compétence inhérente du tribunal au Québec.

Cela étant, le but premier de la LFI est la liquidation de l'actif du débiteur par un syndic de faillite. Il s'agit d'une procédure collective aux contours bien définis¹⁴. S'y ajoute une procédure visant la restructuration des dettes de l'entreprise à travers le concordat¹⁵. Là aussi, le régime est bien défini. La conséquence du rejet par les créanciers d'une proposition concordataire est la faillite de l'entreprise¹⁶.

11. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., R.-U., c. 3 [la « *Loi constitutionnelle* »], par. 92(13).

12. 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 Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 131, *Développements récents en droit administratif (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 85.

13. L.R.C. (1985), c. I-21 [la « *Loi d'interprétation* »], art. 8.1 et 8.2, qui se lisent comme suit :

« **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.* [Nos italiques]

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. »

14. Art. 42-45 et 49 LFI.

15. Art. 50-66.4 LFI.

16. Art. 61(2) LFI.

Le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* est tout autre.

2. Sous l'empire de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (« LACC »)

La LACC se distingue de la LFI de nombreuses façons. D'abord par sa concision : elle ne comporte que 22 articles. Ensuite, par sa finalité première, qui est véritablement de permettre la restructuration de l'entreprise en difficulté, insolvable mais présumée encore viable. Cette restructuration se fera sous la supervision du tribunal qui, par une ordonnance initiale, viendra imposer le sursis des procédures des créanciers, jusqu'à la présentation par la débitrice d'un plan d'arrangement qui sera soumis à leur approbation. Le rôle du tribunal est de préserver le *statu quo* et de permettre à l'entreprise de préparer sa proposition d'arrangement, à l'abri des poursuites anarchiques que pourraient tenter les créanciers. C'est aussi de permettre à l'entreprise de poursuivre ses opérations durant cette période intérimaire. C'est, enfin, d'homologuer un plan d'arrangement ayant reçu l'aval des créanciers.

Adoptée dans les années 1930 dans le contexte de la Grande Dépression, la LACC avait initialement pour but de permettre aux grandes entreprises de se restructurer dans un contexte plus souple et informel que celui de la LFI, sous la supervision du tribunal. Tombée par la suite en désuétude, les avocats et les entreprises l'ont redécouverte au milieu des années 1990 avec un engouement qui ne s'est pas démenti depuis. Elle devrait normalement continuer de viser la grande entreprise, mais l'on peut sérieusement en douter : peuvent bénéficier de la protection qu'elle accorde toute compagnie débitrice ou les débitrices qui appartiennent au même groupe lorsque leur endettement est supérieur à cinq millions de dollars¹⁷. Un tel montant d'endettement, dans l'économie d'aujourd'hui, ne correspond certainement pas à la multinationale, mais plutôt aux petites et moyennes entreprises (PME). Pour justifier un régime spécial dont les règles peuvent différer du régime la LFI, il nous semble que ce montant devrait être révisé à la hausse¹⁸. On comprend aisément que la restructuration d'entreprises comme Air Canada, Quebecor World ou Abitibi Bowater, dont les endettements se chif-

17. Art. 3 LACC.

18. Voir notre discussion à ce sujet dans : Antoine LEDUC, « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement débiteur-exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 551, 592.

frent dans les milliards de dollars, présente des défis différents de ceux qui concernent la restructuration d'une PME. Mais il est plus difficile de justifier une application large et étendue de ce régime spécial et de ses effets sur les principes juridiques bien établis : ainsi que nous le verrons, c'est l'économie générale du droit des créanciers, avec au premier chef le régime des sûretés, qui est bouleversée par les diverses ordonnances qui sont maintenant rendues de façon routinière par les tribunaux en matière d'arrangements.

Puisque la LACC ne fait qu'offrir un cadre judiciaire pour permettre à l'entreprise insolvable mais encore viable de se restructurer, elle ne comporte que très peu de règles. Rien n'est mentionné, par exemple, quant à l'ordre de priorité entre les créanciers. D'autre part, le refus d'un plan d'arrangement par les créanciers n'entraîne pas automatiquement la faillite de l'entreprise, contrairement à ce qui se produit dans le cadre de la LFI pour le rejet d'une proposition concordataire.

La distinction entre les procédures collectives qui visent la liquidation de celles qui visent la restructuration est appropriée, car les mesures nécessaires à chaque type seront différentes. Par exemple, on pourra mieux justifier, dans un contexte de restructuration, des modifications à l'ordre de priorité entre les créanciers afin d'attribuer un premier rang au financier qui consent, à l'entreprise insolvable, un financement intérimaire pour lui permettre de continuer ses activités avant le dépôt de son plan d'arrangement, déclassant ainsi les créanciers existants.

Le processus de restructuration des entreprises en vertu de la LACC a beaucoup évolué depuis les dix dernières années. Cette évolution est prétorienne et repose sur l'usage par les tribunaux de leur compétence inhérente.

B. L'évolution pratique et prétorienne : de l'usage libéral de la compétence inhérente des tribunaux

Le processus de restructuration des entreprises, qu'il relève de la LFI ou de la LACC, s'est façonné à l'aune de la liberté que les tribunaux se sont conférée par leur compétence inhérente. La distinction entre « compétence inhérente » et « discrétion judiciaire », élaborée notamment par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Stelco*, dont on pouvait penser que certaines balises à l'interprétation judiciaire en ressortiraient, ne semble pas avoir été reçue par les tribunaux et

par la Cour d'appel de l'Ontario elle-même [1]. Nous verrons quels sont les principaux types d'ordonnances qui sont rendues par les tribunaux, sur la foi de cette compétence inhérente, dans le contexte de la LACC [2]. Enfin, le glissement vers les tribunaux de la compétence habituellement réservée aux législateurs de faire la loi sera étudiée à travers le processus d'établissement d'ordonnances initiales modèles par les barreaux en collaboration avec les chambres commerciales siégeant en matière de restructuration [3].

1. Compétence inhérente ou discrétion judiciaire ? Les leçons non apprises de l'arrêt *Stelco Inc. (Re)*, (2005) 9 C.B.R. (5th) 135

La Cour d'appel de l'Ontario est venue baliser davantage les pouvoirs qui sont conférés au tribunal siégeant en matière de réorganisations commerciales sous l'empire de la LACC. Ainsi, dans *Stelco Inc. (Re)*¹⁹, plusieurs vacances aux postes d'administrateurs de la société durent être comblés, en raison des nombreux départs étant 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 comptaient 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 furent par ailleurs 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

19. *Stelco Inc. (Re)* (31 mars 2005, M32289), [2005] O.J. No. 1171 (Ont. C.A.) [ci-après « *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)* (26 janvier 2005, 04-CL-5584), [2005] O.J. No. 251 (Ont. S.C.J.) ; *Skeena Cellulose Inc., Re*, (2003) 43 C.B.R. (4th) 187.

la *Loi sur les arrangements*, le juge de première instance, en l'occurrence M. le juge Farley, 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 nominations des deux nouveaux administrateurs²⁰. On parle bien, ici, d'appréhensions, et non pas d'inconduites avérées des nouveaux administrateurs.

La Cour d'appel a bien noté que M. 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 fouillée²¹. Dans sa décision, la Cour d'appel renverse celle du juge de première instance, dont les principaux motifs peuvent se résumer comme suit²² : 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'invalider des nominations d'administrateurs, l'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 de l'Ontario, l'invalidation des nominations d'administrateurs par le tribunal étant exceptionnelle.

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.

Force est cependant de constater que ces principes ne suscitent pas nécessairement l'adhésion des tribunaux, en tout cas, pas

20. Voir *Stelco Inc. (Re)* (28 février 2005, 04-CL-5306), [2005] O.J. No. 730 (Ont. S.C.J.), en particulier aux par. nos 7 et 23.

21. Voir *Stelco Inc.*, *supra*, note 19, par. 31.

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

de manière cohérente. Un bref survol des principaux types d'ordonnances rendues par les tribunaux dans le contexte de la LACC permet d'étayer cette affirmation.

2. Les principaux types d'ordonnances rendues par les tribunaux dans le contexte de la LACC

Il y a plusieurs types d'ordonnances que rendent les tribunaux en matière de restructuration. Nous avons choisi de limiter notre commentaire à deux cas de figure particuliers, à savoir le financement intérimaire durant la période préparatoire à la présentation du plan d'arrangement et les charges prioritaires *sui generis* créées par le tribunal à la demande de la débitrice et du financier, en faveur de ce dernier [a], ainsi que la résiliation de contrats et les ventes judiciaires décrétées par le tribunal, purgeant les droits réels [b]. Nous nous interrogerons par la suite sur la cohérence d'ensemble de ces principes, développés au fil des décisions judiciaires [c].

a) Financement intérimaire et charges prioritaires sui generis

Le financement intérimaire est 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. Cette sûreté 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 (i.e. *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.

Les tribunaux peuvent-ils, invoquant leur compétence inhérente, autoriser la création de charges prioritaires *sui generis* ? Nous avons déjà eu l'occasion de démontrer que non²³. La compétence inhérente est de nature procédurale, et cette compétence fut interprétée restrictivement au Québec par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*²⁴. La « discrétion judiciaire » permettrait-elle d'y parvenir ? Encore une fois, la réponse est négative. Le droit des sûretés est un droit d'exception et c'est la loi qui permet à un créancier d'invoquer une cause légitime de préférence. Les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* réfèrent au droit civil pour l'interprétation d'une loi fédérale s'appliquant au Québec. Tout est donc prévu en matière de sûretés au *Code civil du Québec* et rien n'autorise le tribunal à déroger de ses principes, l'octroi de telles charges prioritaires déclassant les créanciers garantis existants n'y étant pas prévu. Et la doctrine de la primauté du droit fédéral en matière de priorités entre les

23. Antoine LEDUC, « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement débiteur-exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 551.

24. Voir *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743 [« *Lac d'Amiante* »], aux par. nos 35-40 et 78.

créanciers dans le contexte de la LFI²⁵, dont la constitutionnalité fut longtemps contestée, entre autres par le professeur Albert Bohémier²⁶, ne saurait trouver application dans le cadre de la LACC, cette dernière loi étant muette à cet égard.

En dépit de cette argumentation, les tribunaux québécois ont choisi de l'ignorer et, jusqu'ici, de ne pas faire le débat²⁷. Les ordonnances autorisant des financements intérimaires assortis de charges prioritaires *sui generis*, improprement désignées sous le vocable d'hypothèque, sont désormais la norme. Lorsque les modifications à la LFI et à la LACC seront en vigueur, le législateur fédéral les permettra, et ce, pour tout type de restructuration, que ce soit sous l'empire de la LFI ou de la LACC²⁸.

Ainsi en va-t-il de même de la résiliation judiciaire des contrats et des ventes judiciaires purgeant les droits réels.

b) Résiliation de contrats et ventes judiciaires purgeant les droits réels

On estime que l'exercice de la compétence inhérente permet au tribunal, malgré le silence du législateur, d'autoriser la résiliation

25. 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 Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 131, *Développements récents en droit administratif (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 85, aux p. 113-122.

26. Voir Albert BOHÉMIER, *Faillite et insolvabilité*, t. 1, Montréal, Thémis, 1992, p. 19 et 41 ; Albert BOHÉMIER, « Le créancier garanti sous le régime de la *Loi sur la faillite* », (1978) 38 *R. du B.* 696, 699-700 ; Albert BOHÉMIER, « La détermination du statut de créancier garanti en matière de faillite : un problème complexe, des solutions plus simples et efficaces ? », (1986) 20 *R.J.T.* 90.

27. Débat que M. le juge Clément Gascon a balayé du revers de sa plume en une seule note de bas de page, réduisant au silence les arguments que nous avons soulevés dans Antoine LEDUC, « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement débiteur-exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 551. Voir *MEI ComputerTechnology Group Inc. (Arrangement relatif à)* (6 mai 2005), Montréal, n° 500-11-025430-055, J.E. 2005-1009 (C.S.) [« *MEI Computer Technology* »]. M. le juge Gascon réitère ces principes dans *Mecachrome International inc. (Plan de transaction ou arrangement de)*, 2009 QCCS 1575, en particulier aux par. 26-33. Voir cependant le bémol apporté par M. le juge Robert Mongeon, dans *Shermag inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 537. Nous revenons à ce sujet plus loin lorsque nous discutons des incohérences de cette approche judiciaire libérale, aux balises incertaines et imprévisibles.

28. Voir Stephanie BEN-ISHAI, *Bankruptcy Reforms*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, p. 35-39.

unilatérale par le débiteur de contrats à exécution successive en cours, dans la mesure où cela permet le redressement de l'entreprise en difficulté²⁹.

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 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 atteints³⁰. 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 sérieux doutes à cet égard³¹. 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 affaire³². Quelle est la cohérence de tous ces principes judiciaires, développés à la carte, en fonction des particularismes propres à chaque cas ?

29. Voir *PCI Chemicals Canada Inc. (Plan d'arrangement de transaction ou d'arrangement relatif à)*, [2002] R.J.Q. 1093 (C.S.) [ci-après « *PCI Chemicals* »]. Aux paragraphes 64 et 80 de la décision, M^{me} la 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 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 » [notre soulignement]. Avec déférence, comment le législateur peut-il « sciemment » choisir de ne pas le faire ? Nous ne voyons pas comment, par ce raisonnement déductif, M^{me} la juge Mayrand peut parvenir à pareille conclusion. Le législateur ne parle pas pour ne rien dire. S'il demeure « silencieux », cela n'exclut pas les autres lois dans lesquelles il s'exprime par ailleurs très clairement.*

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

31. Nous n'analyserons pas cette question dans le cadre du présent texte.

32. *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-75 (C.A.) (M^{me} la juge M.-F. Bich).

c) *Et la cohérence ?*

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 par M. le juge Paul Chaput dans l'arrangement relatif à Papiers Gaspésia inc.³³. 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'autorise 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 intérimaire.

Dans une autre affaire, M. le juge Mongeon fait finalement sienne l'argumentation découlant des arrêts *Stelco* et *Lac d'Amiante*, que nous avons déjà articulée en droit québécois³⁴, pour établir la distinction entre la compétence inhérente et la discrétion judiciaire du tribunal, d'une part, et pour exprimer certaines limites en ces domaines. Dans l'affaire *Shermag (Arrangement relatif à)*³⁵, on demanda au tribunal de permettre l'annulation de toutes les actions de la débitrice et l'émission de nouvelles actions en faveur de l'un de ses actionnaires, également financier intérimaire, et ce, en se fondant sur sa compétence inhérente. M. le juge Mongeon parvint à la conclusion que la *Loi sur les compagnies*³⁶, loi constitutive de la débitrice, ne permettait pas une telle chose et continuait de trouver application nonobstant les procédures engagées sous l'empire de la Loi sur les arrangements. Il n'y aurait pas de « vide » législatif, en ce cas. Une question, au passage : lorsque cette même loi ne prévoit toujours rien, à l'heure actuelle, en matière de charges prioritaires, comment conclure qu'il y ait, dans ce cas, un « vide » législatif ? Le Code civil ne mérite-t-il aucune attention, lui qui, pourtant, établit le régime en la matière ?

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

34. Antoine LEDUC, « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement débiteur-exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », (2005) 39 R.J.T. 551.

35. 2009 QCCS 537 [« *Shermag* »].

36. L.R.Q., c. 38.

Par ailleurs, un plan d'arrangement peut-il prévoir la libération d'une caution de la débitrice proposante à l'égard des créanciers ? Les tribunaux ontariens et québécois répondent désormais par l'affirmative à cette question³⁷. On peut alors s'interroger sur la finalité et l'utilité d'une caution, qui ne prend habituellement pas fin de cette manière. Y avait-il un vide législatif, encore ici ?

À ce manque de cohérence dans l'exercice de cette compétence inhérente ou discrétion judiciaire s'ajoute ce que l'on pourrait qualifier de nouveau processus législatif, unique en son genre, *sui generis* celui-là aussi, mis en place par les comités de liaison des barreaux avec les chambres commerciales des tribunaux siégeant en matière d'insolvabilité et de restructurations, qui ont donné naissance partout au Canada à l'adoption d'ordonnances modèles, dont on impose l'usage aux débitrices et à leurs procureurs.

3. L'établissement d'ordonnances initiales modèles par les barreaux en collaboration avec les chambres commerciales de la Cour supérieure siégeant en matière de LACC

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 (chap. C-36)* »³⁸. L'objectif de cette

37. Voir *Charles-Auguste Fortier inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCS 5388 ; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp., (Re)*, 2008 ONCA 587 (CanLII) (M. le juge Blair), décision rendue dans le cadre du plan d'arrangement proposé dans la crise du papier commercial. Il est intéressant de voir à quel point le juge Blair, qui fut pourtant l'auteur de l'arrêt *Stelco*, relègue aux oubliettes les principes qu'il y énonçait pour revenir à l'approche large et libérale de l'interprétation de la LACC sur cette question. *Contra* : *Michaud c. Steinberg inc.*, [1993] R.J.Q. 1684 (C.A.). Cette décision est rejetée par le juge Blair sous le couvert de la doctrine de la primauté du droit fédéral en matière d'arrangements. La Cour suprême du Canada a refusé la demande de pourvoi.

38. Disponible en ligne sur le site Internet du Barreau de Montréal, à l'adresse Internet suivante : <<http://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/frm-OrdonnanceInitiale.doc>> [date de consultation : 8 mai 2009] [ci-après l'« Ordonnance initiale modèle »]. Ce document est également disponible en anglais. Il existe deux autres ordonnances modèles dont le Barreau de Montréal assure la diffusion, d'une part une ordonnance complémentaire à l'Ordonnance initiale modèle relative au financement intérimaire, disponible à l'adresse Internet suivante : <http://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/frm_FinancementDIP.doc> [date de consultation : 8 mai 2009] ; d'autre part, une ordonnance concernant le processus de mise en preuve des réclamations et les procédures d'assemblées de créanciers (à suivre)

Ordonnance initiale modèle 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 » (i.e. *forum shopping*) et, dans une perspective montréalaise, qu'il redonnera aux tribunaux montréalais la place qui leur revient dans ce domaine du droit commercial³⁹.

Il est précisé, sur le site Internet 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 recherchée et celle qui est proposée à titre de formule abrégée, **les ajouts ou substitutions devant être soulignés, ou signalés dans la marge au moyen d'un trait vertical, et les suppressions devant être indiquées au moyen de points de suspension entre crochets** »⁴⁰. Alors qu'autrefois l'on y précisait également que « [...] le texte ne consistera pas en un document officiellement avalisé par les magistrats »⁴¹, cette mention est désormais disparue du site Internet du Barreau de Montréal. Le site Internet de la Cour supérieure du Québec est muet sur la question, se contentant toutefois d'un renvoi au site Internet du Barreau de Montréal⁴². Le document a-t-il, ce faisant, été officiellement adopté par la Cour supérieure ? 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. Avec le temps, cependant, force est de constater que cette Ordon-

(...suite)

aux termes de la LACC, disponible à l'adresse Internet suivante : <<http://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/firm-ProcedureReclamationsAssemblées.doc>> [date de consultation : 8 mai 2009]. Concernant les ordonnances modèles dans les autres provinces canadiennes, voir, de façon générale : Janis SARRA, *RESCUE ! The Companies' Creditors Arrangement Act*, Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 46.

39. Voir Yves LAVERTU, « Chambre commerciale : modèle d'ordonnance », *Le Journal du Barreau [Montréal]* (1^{er} novembre 2004) 3. Voir aussi B. SYNNOTT, « Propos du Bâtonnier de Montréal : Des sujets chauds pour l'année à venir », *Le Journal du Barreau [de Montréal]* (1^{er} août 2004).

40. Voir le site Internet du Barreau de Montréal, à l'adresse Internet suivante : <http://www.barreaudemontreal.qc.ca/pages/H_PS_01.htm> [date de consultation : 8 mai 2009].

nance initiale modèle a acquis force de loi. Bien malin qui pourra faire déclarer inopérante ou invalide l'une de ses dispositions. Il paraîtrait pourtant indiqué que les tribunaux se gardent une réserve minimale à cet égard. Cependant, ils seront sans doute conscients qu'une interprétation défavorable à une telle ordonnance puisse 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 prévisible⁴³ ?

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. L'Ordonnance initiale modèle 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

41. Voir Yves LAVERTU, « Chambre commerciale : modèle d'ordonnance », *Le Journal du Barreau [Montréal]* (1^{er} novembre 2004) 3. En effet, l'existence n'en est pas mentionnée sur le site Internet de la Cour supérieure du Québec.
42. Voir le site Internet de la Cour supérieure du Québec, à l'adresse Internet suivante : <<http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/index-cs.html>> [date de consultation : 8 mai 2009], sous la rubrique « aide-mémoire ». Le lien vers le site Internet du Barreau de Montréal était toutefois, au moment de notre consultation, désuet.
43. À cet égard, voir l'ordonnance rendue par M. le juge Clément Gascon dans *MEI ComputerTechnology Group Inc. (Arrangement relatif à)* (6 mai 2005), Montréal, n° 500-11-025430-055, J.E. 2005-1009 (C.S.). Dans sa décision, aux paragraphes 24-25, l'honorable juge refusa d'adhérer à nos arguments, considérant que les principes de la juridiction inhérente ont 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 l'opinion du juge exprimée en 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, Adjudor 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, Thémis, 1995, p. 259, aux p. 284-285. Voir, enfin, *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

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 sûretés⁴⁴. Il s'agit de cas manifestes de réécriture de contrats et de la loi par le juge.

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

La réflexion sur ce processus de rédaction et d'adoption d'ordonnances modèles est, à l'heure actuelle, largement insuffisante. En effet, ce processus soulève d'épineuses questions. Qu'en est-il de l'indépendance de la magistrature ? De son impartialité ? Une partie peut-elle présumer que la cause est déjà entendue, sur les éléments qui font l'objet d'une ordonnance modèle ? *Quid*, aussi, de la constitutionnalité de ce processus ? Ces questions nous amènent à nous pencher sur la réforme du droit canadien de l'insolvabilité.

II. DE LA RÉFORME DU DROIT CANADIEN DE L'INSOLVABILITÉ : DE L'ABDICTION PAR LE LÉGISLATEUR D'UNE COMPÉTENCE LÉGISLATIVE AU PROFIT DES TRIBUNAUX ?

La réforme du droit canadien de l'insolvabilité est un sujet complexe et difficile⁴⁵. Au Canada, elle n'a jamais connu, en tout cas depuis les 40 dernières années au moins, un aboutissement qui soit complet et satisfaisant. Le législateur tente, tant bien que mal, de concilier les multiples intérêts divergents en présence. Cependant, jusqu'à maintenant, le processus législatif a surtout consisté à modifier ponctuellement, à diverses reprises, la législation canadienne traitant de l'insolvabilité, laissant sur leur faim de nombreux observateurs. Pour cela, les tribunaux ont été invités à progressivement modifier leur interprétation de cette législation, afin de permettre son évolution et son adaptation aux circonstances nouvelles

44. Voir l'Ordonnance initiale modèle, *supra*, note 38, aux par. nos 21-22, 28-29, 30-36.

45. Voir notamment, à ce sujet, Jacques DESLAURIERS, « Le droit de la faillite et le droit civil du Québec : réflexions à l'occasion d'une réforme difficile », dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 747 ; Henri MASSŪE-MONAT, « Faillite et insolvabilité : les enjeux de la révision parlementaire », (1995) 29 *R.J.T.* 745.

du marché, surtout en matière commerciale. En cela, le recours de plus en plus fréquent à la notion de « juridiction inhérente » par les tribunaux a servi d'expédient afin de palier à la lenteur ou à l'incomplétude du processus de réforme législatif.

Toutefois, la réforme du droit canadien de l'insolvabilité exigerait plus d'efforts et d'attention. Pour l'instant, les processus législatif et judiciaire semblent continuellement se renvoyer la balle. Face aux réformes législatives lentes et incomplètes, les tribunaux tentent d'assurer le meilleur fonctionnement possible du système, au prix, cependant, d'une réforme d'ensemble qui serait davantage cohérente. Au prix, également, de la stabilité et de la prévisibilité du droit, dans un domaine qui en a pourtant bien besoin. Au prix, enfin, de l'articulation d'une politique globale en matière d'insolvabilité, qui permettrait une meilleure atteinte de la justice distributive.

Le P.L. C-55, dernier maillon de la réforme du droit de l'insolvabilité proposé par le législateur fédéral canadien, ne réglera pas cette situation⁴⁶. La loi étant maintenant adoptée et partiellement en vigueur⁴⁷, elle vise certes l'atteinte d'objectifs louables ; cependant, les incohérences sont nombreuses, et sa mise en vigueur complète provoquera certainement plus d'incertitudes dans bien des domaines, laissant en plan les tribunaux, les praticiens du droit et, au premier chef, les justiciables. De cette manière, on peut se demander si le législateur ne joue pas à colin-maillard avec les tribunaux, et vice-versa. À quand une véritable réforme d'ensemble, claire et cohérente, de ce domaine du droit, si crucial à notre économie canadienne ? Nous allons exposer, successivement, les traits saillants de la réforme en cours [A], pour ensuite discuter du glisse-

46. 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, 38^e Parl., 2005, non encore en vigueur [le « P.L. C-55 »].

47. *Loi sur le Programme de protection des salariés*, L.C. 2005, c. 47 [le « Programme de protection des salariés »]. Avant son entrée en vigueur, cette loi fut modifiée aux termes de la *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le programme de protection des salariés et le chapitre 47 des lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, c. 36 [la « Loi modificative de 2007 »]. Seulement certaines dispositions de ces deux lois sont en vigueur, depuis le 7 juillet 2008. Voir *Gazette du Canada*, vol. 142, n^o 15, 23 juillet 2008, TR/2008-78, *Décret fixant au 7 juillet 2008 la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de deux Lois*, C.P. 2008-1316, 4 juillet 2008. Voir, à ce sujet, E. Patrick SHEA, « Coming Into Force of the WEPPA and Certain of the Amendments to the BIA », (2008) 25-4 *National Insolvency Review* 50 ; Stephanie BEN-ISHAI, *Bankruptcy Reforms*, Toronto, Thomson Carswell, 2008.

ment du pouvoir législatif vers le pouvoir judiciaire par la consécration législative de la discrétion judiciaire [B]. Nous terminerons en discutant de la nécessité de créer un organisme permanent chargé de la réforme du droit de l'insolvabilité [C].

A. Les traits saillants de la réforme en cours

Il ne nous appartient pas de voir dans les détails tous les éléments de la réforme en cours. Nous nous contenterons d'en mentionner les traits saillants, de ceux qui sont actuellement en vigueur à ceux dont l'entrée en vigueur tarde encore à venir.

Ainsi, dans le cadre de la LFI, les principaux éléments de la réforme qui sont en vigueur ont introduit : une super-priorité en faveur des salariés sur les éléments d'actif à court terme (i.e. inventaires et créances) pour la prestation à titre de salaire et indemnités qui leur est accordée ; une sûreté de premier rang garantissant les arrérages de cotisation à un régime de retraite grevant tous les biens de la débitrice ; l'insaisissabilité des régimes enregistrés d'épargne retraite est édictée (ne s'appliquant pas aux cotisations effectuées au cours des 12 mois précédent la date de la faillite). Toutes ces mesures visent donc la protection des salariés dans le cadre d'une faillite.

L'ensemble des autres modifications adoptées aux termes du *Programme de protection des salariés* et de la *Loi modificative de 2007* ne sont toujours pas en vigueur. Ces modifications touchent plusieurs pans de la LFI et de la LACC. En outre, elles comprennent des mesures entourant la résiliation de contrats à exécution successive, la discrétion judiciaire, les financements intérimaires, les charges administratives, la gouvernance des entreprises assujetties (incluant le pouvoir de démettre des administrateurs par le tribunal), le sort des conventions collectives en contexte de réorganisation et de continuation des opérations. Ainsi, plusieurs des pratiques devenues routinières par l'effet des ordonnances rendues par les tribunaux sont codifiées. L'ordre de priorité entre les créanciers et le nombre beaucoup plus élevé de charges prioritaires, déclassant les créanciers garantis conventionnels existants, font en sorte que l'économie générale du droit des créanciers sera irrémédiablement bouleversée.

Cette réforme, introduite par des pièces législatives disparates et successives, continuera de poser des problèmes d'entendement et

d'accessibilité au droit⁴⁸. Ce qui est toutefois à considérer, c'est le glissement du pouvoir législatif du législateur vers les tribunaux.

B. Le glissement du pouvoir législatif du législateur aux tribunaux : consécration de la discrétion judiciaire

M. le Professeur Roderick A. Macdonald a déjà eu l'occasion d'exprimer devant l'Institut canadien de l'insolvabilité, en quoi l'usage trop libéral ou le recours trop fréquent à la juridiction inhérente empêche la véritable réforme du droit :

In a word, [...] functionalism has its limits, and we actually do a disservice to the vocation of law by making functional analysis the trump value in all analysis.

[...] [W]e are now living the legacy of legal realism. Across vast expanses of law, *ex ante* normativity apparently no longer matters much to structuring human interaction. Judges are being invited, and are increasingly accepting the invitation, to treat legislative and common law doctrine as "advisory" and to assume a jurisdiction to decide anything, anytime "on over-riding equitable principles". Sometimes there appears to be a legislative or constitutional warrant for doing so. For example, the *Charter of Rights and Freedoms* has encouraged extensive judicial refashioning of public law doctrine in the name of "equality rights". But the spill-over of this approach to litigation into private law is such as to demean all appeals to *ex ante* formal rationality, and to turn judicial decision-making into little more than *ex post facto* consequentialist revisionism directed at prior political-legislative decisions.

At the systemic level, this concern has four reflections : first, it means that the normative value of legal rules in providing facilitative guides for self-directed human interaction is undermined – who knows when courts will second-guess legislatures or radically depart from an established precedent ? second, it means that the planning, dispute channelling and dispute avoidance function of contract is compromised – who knows whether a contract will be enforced ? third, it means that the complex balancing of multiple interests characteristic of distributive justice in the rule-making arena stands to be trumped by the simple-minded adversarial concerns of self-interested litigants ? and fourth, *it means that attention to intelligent law reform through legislative means is deflected – why spend energy trying to get a legislature to think epidemiologically about the design of regimes of*

48. Stephanie BEN-ISHAÏ, *Bankruptcy Reforms*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, p. x-xi.

*legal regulation, when one can simply go to court with a sub-story and obtain on an ad hoc basis the desired outcome ?*⁴⁹ [Nos italiques]

Prévisibilité et stabilité du droit, caractère ponctuel des solutions adoptées par les tribunaux, réforme du droit « à la carte », organisée en fonction des intérêts bien spécifiques de certains (i.e. en fonction des litiges), au détriment d'une réforme d'ensemble, tels sont les principaux travers d'une approche trop fonctionnelle au droit. Nous avons tenté de montrer comment cette réforme « informelle » du droit de l'insolvabilité s'est déployée au cours des dernières années⁵⁰, d'abord par l'usage de plus en plus permissif qui est fait de cette compétence inhérente par les tribunaux, ensuite par l'adoption d'outils pratiques qui sont présentés à l'abord comme étant strictement procéduraux, par exemple les diverses ordonnances modèles. Au-delà des considérations pratiques qui ont présidé à l'adoption de l'Ordonnance initiale modèle, on peut sérieusement se demander si, à la suite de son adoption, la réforme d'ensemble du droit, c'est-à-dire celle qui passe par le processus législatif, ne s'en trouve pas compromise. L'effort de réflexion, de consultations publiques et de compromis que requiert le processus législatif n'est-il pas entaché par ce processus informel, comme le suggère le professeur MacDonald ? Au-delà des avantages pratiques indéniables associés à la standardisation d'une telle procédure, on peut se demander si un glissement de la réforme législative n'est pas en train de s'opérer au profit de ces réformes *ad hoc* ponctuelles et de l'usage trop libéral de la compétence inhérente des tribunaux. Ces processus de réformes informels, certes menés par des juristes compétents, agissant de bonne foi et désireux de mieux servir les intérêts de la justice et, partant, des justiciables, représentent-ils toute la mosaïque des intérêts divergents ? Présentent-ils tout le caractère d'imputabilité, de représentativité et de légitimité que l'on associe habituellement au processus législatif ? N'ont-ils qu'un effet au strict plan procédural, ou ne contribuent-ils pas à modifier ou à influencer le droit, parfois profondément, sur le fond ? Fond et forme, droit procédural et droit substantif, sont-ils vraiment dissociables et peuvent-ils l'être ? Nous demeurons convaincus que le processus législatif est nécessaire à l'accomplissement de la réforme du droit, afin de préserver l'imputabilité, la représentativité et la légitimité nécessaires au

49. Roderick A. MACDONALD, « How Far Functionalism », conférence prononcée au Insolvency Institute of Canada's 14th Annual Conference and General Meeting, Mont-Tremblant, Québec, du 3 au 5 octobre 2003 [non publiée], aux nos 62-63.

50. Antoine LEDUC, « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement débiteur-exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 551.

maintien de l'intégrité du système juridique face à l'ensemble des justiciables et le maintien de l'État de droit.

Ces questions sont toutes présentes à l'esprit lorsque l'on tente d'analyser l'impact de la réforme du droit qui emprunte principalement la voie du processus judiciaire. À court terme, les effets peuvent être bénéfiques. À long terme, cependant, ne risquent-ils pas de miner la cohérence d'ensemble de la législation et, partant, de notre système juridique pris dans son ensemble ? De son côté, le législateur doit prendre acte de l'insuffisance des réformes entreprises, et prendre les moyens qui s'imposent afin de leur donner le souffle requis, afin que le droit de l'insolvabilité soit non seulement prévisible, mais aussi qu'il s'adapte aux circonstances nouvelles. Le P.L. C-55, le *Programme de protection des salariés* et la *Loi modificative de 2007* vont-ils dans cette direction ?

Certains craignent que ces lois, qui prévoient des règles nouvelles ou codifient certains courants jurisprudentiels, viennent limiter la « juridiction inhérente » du tribunal, faisant de la législation en insolvabilité un droit plus réglementé, donc moins souple, parce qu'il y aurait dès lors moins de « vides législatifs ». On pense, à titre d'exemple, à la codification des règles jurisprudentielles entourant les financements intérimaires, assortis de charges prioritaires.

Pourtant, l'article 11 de la Loi sur les arrangements est modifié aux termes de l'article 128 du P.L. C-55 (non en vigueur), donnera une très large discrétion aux tribunaux en matière de réorganisations commerciales.

128. Sections 11 to 11.5 of the Act are replaced by the following :

11. Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

[Nos italiques]

128. Les articles 11 à 11.5 de la même loi sont remplacés par ce qui suit :

11. Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

Les nouvelles règles élaborées aux termes du *Programme de protection des salariés* et de la *Loi modificative de 2007* suffiront-elles à baliser l'action du tribunal lorsqu'on lui demandera de rendre toute ordonnance qu'il estime par ailleurs appropriée, dans les circonstances ? Cela deviendra nécessairement une question d'interprétation. À cet égard, il est intéressant de rapporter les commentaires formulés par un groupe d'éminents professeurs issus de différentes provinces canadiennes de common law, soit les professeurs Ziegel, Duggan, Wood, Ben-Ishai, Buckwold, Cuming et Black (le « Groupe Ziegel-Cuming ») :

Controversial Discretionary Court Powers under CCAA Amendments

[66] In the Summary of our Submission (above) we expressed our support in principle for the amendments to the CCAA in Bill C-55 designed to fill many of the gaps in the existing Act. However, *our support does not apply to the proposed new CCAA, s. 11 (court's power to make any order) or proposed new CCAA, s. 11.5 (court's power to remove director).*

[67] *Court's Power to make "any" order.* CCAA new s. 11 will confer on the Court the power to make *any* order in relation to the CCAA proceedings that the Court considers "appropriate in the circumstances". *We understand the provision was inserted at the request of some Quebec insolvency practitioners because Quebec law does not recognize the inherent powers doctrine use by common law courts to fill gaps in the CCAA. Nevertheless, we believe the new provision is very unwise for the following reasons :*

- a. *Leading members of the Insolvency Institute of Canada have complained about the uncertainty and abuses to which the 'inherent powers' doctrine has led in the past. Similarly, the Ontario Court of Appeal in its judgment in the Stelco case earlier this year (March 18, 2005) made it clear that previous courts (including Farley J in the present case) had greatly misunderstood the inherent powers doctrine and that the doctrine was only meant to serve a procedural purpose and not to confer substantive powers on a court ;*
- b. *The thrust of the IIC recommendations to the Senate Committee, and overwhelmingly adopted by the Senate Committee, was to fill the gaps in the CCAA and therefore to dispense with the courts having to play a legislative role ;*
- c. *Revised s. 11 contradicts the Court of Appeal's interpretation of the proper role of the inherent powers doctrine and undermines the IIC's objectives to put the doctrine to rest.*

- d. Not only does s. 11 revive the doctrine but it also authorizes the court to make “any” order the court considers appropriate. *It is difficult to conceive of a broader grant of power – a power that may adversely affect the rights of many parties to an insolvency proceeding – and it is quite incompatible with the certainty and predictability of outcomes which parties to reorganization proceedings should be entitled to expect.*⁵¹

[Nos italiques ; référence omise]

Nous souscrivons à ces commentaires. En effet, nous avons déjà dit que la notion de « juridiction inhérente » a été, et est encore habituellement mal comprise et mal interprétée, tant par les tribunaux des provinces de common law que par ceux du Québec.

Cependant, on pourrait argumenter que même si le tribunal se voit conférer le pouvoir de rendre toute ordonnance appropriée dans les circonstances, cela devrait néanmoins se faire à l'intérieur de certaines limites. D'abord, celles de la LACC, telle que modifiée ; ensuite, ce pouvoir général ne saurait constituer, en lui-même, un pouvoir quasi législatif conféré aux juges leur permettant de suppléer aux présumés « silences » de la loi. Comme nous l'avons vu, avant de conclure au silence de la loi, il faut se souvenir que la LACC se déploie dans un univers où d'autres lois interviennent.

Quoi qu'il en soit, il est tentant de conclure à l'abdication par le législateur de son pouvoir législatif et de soutenir que l'interprétation qui sera faite de cette nouvelle disposition présente un risque réel pouvant accroître l'incertitude et l'imprévisibilité des rapports juridiques dans le contexte des réorganisations commerciales ; il y aurait lieu de la réviser et de restreindre le pouvoir des tribunaux en conséquence. En effet, nous souscrivons aux remarques du Groupe Ziegel-Cuming : en cas de doute, mieux vaut s'abstenir, afin d'éviter que le débat ne reprenne de plus belle.

Dans ce contexte, il nous semble pertinent de considérer la création d'un organisme permanent permettant d'assurer la réforme continue du droit canadien de l'insolvabilité.

51. Voir J. ZIEGEL, A.L. DUGGAN, R.J. WOOD, S. BEN-ISHAI, T. BUCKWOLD, R.C.C. CUMING et V. BLACK, « Submissions on Bill C-55, 2005 to the Committee on Industry, Natural Resources, Science and Technology », 9 novembre 2005 [non publié], aux p. 31-32, document disponible en version électronique en communiquant avec l'un ou l'autre des auteurs [ci-après « *Submissions on Bill C-55* »].

C. De la nécessité de créer un organisme permanent assurant la réforme continue du droit canadien de l'insolvabilité

On ne soulignera jamais assez à quel point le processus ayant mené à l'adoption du P.L. C-55, du *Programme de protection des salariés* et de la *Loi modificative de 2007* ont bousculé la façon habituelle de procéder. En fait, et ceci dit avec déférence, il ne s'agit plus de bousculade, mais bien de négation du processus de révision et de réforme proprement dit.

D'une part, comme il a été justement relevé, le P.L. C-55 fut déposé au moins de juin 2005, et fut considéré comme essentiel par les partis d'opposition, principalement le Nouveau Parti Démocratique (« NPD »).

Aucune note explicative ne fut émise par le gouvernement. Aucune audience en commission parlementaire. Aucune révision. De plus, il fut impossible de savoir pourquoi le législateur a choisi de ne pas suivre de nombreuses recommandations du Rapport produit par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, déposé en juin 2003⁵². Les sources des modifications aux propositions formulées dans le Rapport du Comité sénatorial se retrouvant dans le P.L. C-55 ne sont pas dévoilées. On a souligné, à juste titre, le manque de transparence de ce processus.

Puisque le P.L. C-55, le *Programme de protection des salariés* et de la *Loi modificative de 2007* visent à modifier des lois multiples et fondamentales en matière d'insolvabilité, au demeurant des lois complexes, il serait sage de l'évaluer et de le réviser à nouveau, afin de procéder à une véritable réforme du droit, articulée et cohérente.

En effet, sans que nous n'analysions ici les dispositions de ces textes, plusieurs modifications législatives en découlant auront un impact considérable sur l'économie canadienne. D'abord, au premier chef, le nombre de priorités conférées à tout un chacun permettent d'émettre de sérieuses inquiétudes quant à l'effet que cela produira sur les droits des créanciers garantis conventionnels et du

52. 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.

droit des sûretés, un champ de compétence constitutionnelle relevant des provinces, au demeurant. Cela affectera-t-il l'accès au crédit à de faibles coûts ? On est bien loin de la proposition qu'avait formulée l'Office de révision du Code civil (« ORCC »), en 1978, où l'abrogation complète de toute forme de privilège ou de sûreté légale était proposée (à l'exception de l'hypothèque judiciaire), la seule rupture au principe de l'égalité entre les créanciers permise demeurant alors les sûretés conventionnelles. On se rappellera en effet qu'à l'époque, l'ORCC avait répertorié plus de 200 privilèges, découlant de lois diverses et obéissant à des critères différents, qui pouvaient affecter les droits des créanciers garantis⁵³. Sans aller jusqu'à cette solution extrême, n'a-t-on rien retenu des problématiques antérieures que l'on a voulu corriger ?

Par ailleurs, on a relevé nombre de duplications ou d'incohérences entre les deux principales lois en la matière, à savoir la Loi sur les arrangements et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Est-il encore nécessaire de maintenir deux législations distinctes ? Ne serait-il pas plus avisé de codifier tous les principes en la matière en une seule et même loi ? Quelle sera l'interprétation donnée à la portée de la juridiction inhérente sous l'empire de la nouvelle loi ? Qu'en est-il des modifications apportées en matière de dispositions, de préférences frauduleuses et de transactions révisables ? Qu'en est-il des nouvelles règles en matière de priorités de la Couronne ? Voilà autant de domaines où les questions abondent⁵⁴. Qui plus est, voilà autant de sources d'incertitudes. Il y a donc lieu de sérieusement repenser le processus de réforme du droit canadien de l'insolvabilité.

Le Groupe Ziegel-Cuming a bien relevé que la réforme du droit de l'insolvabilité devient une tâche d'une complexité toujours croissante. En cela, l'on affirme :

Need for Better Funded and More Permanent Research, Legislative and Administrative Facilities

[26] In our respectful view, the existing federal facilities for meeting the above challenges are quite inadequate given the range and magnitude of the social and economic changes that have occurred in Canada. The number of personal insolvencies alone has exploded over the

53. Voir, de façon générale, Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 73-74, n^o 2.1.

54. Voir, de façon générale, la critique de Jacob ZIEGEL, « The Travails of Bill C-55 » (2005) 42 *Can. Bus. L.J.* 440.

past 35 years from about 10,000 a year in 1980 to over 100,000 in 2004 and is now *ten times larger* than the number of commercial insolvencies. The BIA's recognition of this social and economic transformation is at best grudging and at worst seriously lagging in reality. Commercial insolvencies too frequently involve large enterprises and raise complex legal and factual questions that require closer study than they have received up to now. Industry and professional groups – notably the IIC and CAIRP – have done a commendable job of gathering data and making recommendations for changes. So have the Corporate Policy Section in Industry Canada and the SOB officials.

[27] *These are important building blocks. However, in our view, more needs to be done to ensure that Canada's insolvency legislation adequately reflects evolving social and economic conditions and to avoid basing legislative changes on hunches and unsuccessful lobbying by influential groups and individuals.*⁵⁵

[Nos italiques ; références omises]

Ne serait-il pas souhaitable de créer un Institut permanent de la réforme du droit de l'insolvabilité où, sous la direction d'experts reconnus en la matière, i.e. professeurs, praticiens, magistrats, sociologues et économistes, l'on pourrait procéder à la révision continue et permanente de la législation, et ainsi faire les recommandations appropriées, que le gouvernement pourrait ensuite proposer pour adoption ? Le Groupe Ziegel-Cuming en a fait la suggestion, mais limiterait la portée d'un tel Institut aux faillites de consommateurs. Personnellement, nous ne voyons pas pourquoi ne pas l'étendre à tout le domaine du droit de l'insolvabilité, incluant celui des restructurations commerciales.

De plus, dans tout ce processus, a-t-on oublié celui de l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois ayant cours et, partant, la nécessité de réviser le P.L. C-55, le *Programme de protection des salariés* et de la *Loi modificative de 2007* à la lumière des principes désormais établis du bijuridisme législatif canadien⁵⁶ ? Il ne semble pas en être fait de cas pour l'instant.

Or, comme nous l'avons vu lors de l'adoption de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral et du droit civil*⁵⁷, l'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil représente souvent plus que de sim-

55. Voir Jacob ZIEGEL *et al.*, *Submissions on Bill C-55, supra*, note 51, p. 18-19.

56. Voir notamment, à ce sujet, le numéro spécial de la Revue juridique Thémis, *L'harmonisation de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité avec le droit civil québécois*, (2003) 37 R.J.T.

57. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral et du droit civil*, L.C. 2001, c. 4.

ples changements terminologiques. Les exemples les plus notoires sont ceux des modifications apportées, d'abord, à la définition du terme « créancier garanti » de la LFI, puis à la compétence en *Equity* des tribunaux québécois (définitivement abrogée à l'article 183 LFI)⁵⁸.

On sait que le Groupe du bijuridisme et des services d'appui à la rédaction de la Direction des services législatifs relève du ministère de la Justice du Canada ; par ailleurs, la réforme de la législation en matière d'insolvabilité incombe à Industrie Canada. Ne serait-il pas utile de fondre ces deux processus en un seul et dès maintenant, plutôt que de les entreprendre successivement, comme c'est le cas actuellement ?

Voilà donc autant d'éléments à prendre en considération afin d'assurer une meilleure réforme du droit de l'insolvabilité au Canada.

CONCLUSION

En conclusion, l'usage de la juridiction inhérente par les tribunaux pose la problématique du processus d'évolution et de réforme du droit.

Nous avons proposé une relecture de cette notion, non pas afin d'enlever toute souplesse aux tribunaux, mais bien afin d'en mieux circonscrire le rôle et d'assurer à la fois la souplesse d'application du droit et sa prévisibilité.

Le P.L. C-55, le *Programme de protection des salariés* et de la *Loi modificative de 2007* ouvrent la porte à de nombreuses incertitudes. La façon dont ces textes furent adoptés soulève on ne peut mieux la question de l'importance d'une réforme articulée du droit. Or, lorsque le législateur ne s'acquitte pas pleinement de son rôle à ce chapitre, peut-on blâmer les justiciables de tenter de trouver d'autres solutions, notamment par la voie du processus judiciaire ? Peut-on blâmer les tribunaux de tenter de s'y adapter ? La réponse est sans doute négative. Toutefois, il serait temps de mettre un terme à cette partie de colin-maillard. Les Canadiens méritent

58. 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].

mieux : ils disposent de l'expertise législative et judiciaire requises pour mener à bien les réformes qui s'avèrent nécessaires. Que l'on s'en serve donc à bon escient. Autrement, les effets à long terme d'une telle situation pourraient être plus pernicious qu'on ne le croit maintenant sur notre système juridique et, éventuellement, sur l'économie de notre pays.