

L'APPLICATION EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS DE L'INAPPLICABLE *EQUITABLE SET-OFF* DE COMMON LAW

André Bélanger*
Ste-Foy

En droit civil québécois, une dette liquidée postérieurement à la faillite ne peut faire l'objet d'une compensation avec une créance du failli. Lorsqu'un débiteur se voit dans l'obligation de rembourser sa dette au syndic sans être en mesure d'opposer compensation de la créance qu'il détient envers le failli, il y a apparence d'iniquité. Cependant, en permettant à un créancier ordinaire d'opposer sa créance en compensation, on lui accorde un avantage semblable à celui d'un créancier privilégié. En ce sens, l'injustice incombe à la masse des créanciers ordinaires. Dans un arrêt récent (Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée), la Cour d'appel du Québec a tenté de répondre à cette problématique à l'aide d'une règle de common law : le set-off in equity. L'application de cette solution s'avère critiquable en matière de faillite dans un régime de droit civil.

In Quebec civil law when debtors are compelled to pay their debts to a trustee without compensation as against the bankrupt, there appears to be injustice, and the court may exercise its equitable jurisdiction. However, allowing compensation for the right of ordinary creditors amounts to giving them benefits similar to that of preferred creditors. In the Quebec Court of Appeal decision, Structal (1982) Inc. vs Fernand Gilbert Ltee, the court attempted to respond to this problem with a common law rule: the equitable set off. This common law solution is open to criticism in a civil law context.

Introduction	487
1. La problématique : En situation de faillite, dans un système de droit civil, l'équitable set-off est-il applicable ?	489
1.1- Impossibilité d'invoquer la compensation de droit civil en matière de faillite	489
1.1.1- Impossibilité d'appliquer la compensation légale	490
1.1.2- Impossibilité d'appliquer la compensation judiciaire	490

* André Bélanger, D.E.A. Montpellier I, étudiant au doctorat à l'Université Laval, Ste-Foy, Québec. L'auteur tient à remercier la professeure Louise Poudrier-LeBel pour ses précieux commentaires relatifs à la version préliminaire du présent texte.

1.2-	<i>Peut-on invoquer la solution de l'équitable set-off dans des cas de faillite en droit civil ?</i>	492
1.2.1-	<i>L'équitable set-off est une solution de common law fondée sur l'equity</i>	493
1.2.2-	<i>En matière de compensation, le droit civil prime sur la common law</i>	496
2.	<i>La critique : En situation de faillite, dans un système de droit civil, l'équitable set-off est-il équitable ?</i>	497
2.1-	<i>Atteinte aux droits des tiers</i>	497
2.2-	<i>Quelle est l'équité / equity à appliquer</i>	499
	<i>Conclusion</i>	504

Introduction

Loin de vouloir raviver l'animosité qui modèle trop souvent les réflexions des deux solitudes, nous nous interrogeons dans cette étude sur la perspicacité de faire appel à une solution d'*equity* au Québec, sans chercher à justifier son application, au préalable, par le biais des règles de droit civil. Circonscrivons immédiatement le débat en précisant notre sujet : l'admission de la compensation de dettes non liquides malgré la faillite.

L'institution de compensation est reconnue et appliquée comme étant, en fonction des circonstances de son application, soit légale, soit judiciaire. La première agit *automatiquement*¹ alors que la seconde nécessite l'intervention d'un juge pour prendre effet. L'automatisme relatif de la compensation légale est lié à l'existence de cinq conditions : exigibilité, liquidité, certitude, fongibilité et réciprocité des créances à compenser².

En l'absence de l'une ou de plusieurs des conditions d'exigibilité, de liquidité ou de certitude, on fera appel au juge afin de s'assurer de l'existence des créances. La fongibilité, quant à elle, est, de nos jours, rarement absente, les corps certains se faisant exceptionnels dans le monde des échanges économiques généralisés qui est le nôtre. Enfin, la réciprocité permet de s'assurer de la possibilité de procéder à l'échange des créances et des dettes des débiteurs-créanciers. Sa disparition fait naître un risque d'atteinte aux droits des tiers³. Pour cette raison, diverses règles ont été instituées par le Code civil Napoléon⁴, reprises par le Code civil du Bas-Canada⁵, pour enfin être conservées par le Code civil du Québec⁶.

¹ Sur le caractère imparfait de l'automatisme de déclenchement de la compensation légale, voir R. Mendegris, *La nature juridique de la compensation*, Paris, LGDJ, 1969 à la p. 188.

² Art. 1672 et 1673 C.c.Q.

³ Voir G. Duboc, *La compensation et le droit des tiers*, Paris, LGDJ, 1989 à la p. 310.

⁴ Art. 1295 et 1298 C.c.

⁵ Art. 1192 et 1196 C.c.B.C.

⁶ Art. 1680 et 1681 C.c.Q.

En matière de faillite, c'est la volonté dont a fait montre le législateur, par le biais de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁷, de placer tous les créanciers ordinaires sur un pied d'égalité en cas d'insolvabilité du débiteur qui est cause de la problématique compensatoire⁸. Cette volonté de ne faire bénéficier aucun créancier ordinaire d'une préférence particulière trouve appui dans l'article 1681 C.c.Q. qui énonce que la compensation ne peut porter préjudice aux droits acquis aux tiers⁹, soit, en l'occurrence, la masse des créanciers.

Qu'advient-il lorsqu'un créancier-débiteur du failli se voit dans l'obligation de rembourser sa dette sans être en mesure d'opposer compensation de la créance qu'il détient envers le failli ? Doit-il payer la totalité de sa dette en ne pouvant s'assurer de recouvrer ne serait-ce qu'une partie de sa créance ? Une telle solution paraît inéquitable, surtout lorsque l'on songe à l'effet de sûreté dont la compensation aurait pu lui faire bénéficier. Seulement, au-delà des apparences, y a-t-il réellement injustice ? En lui permettant d'opposer sa créance en compensation, le créancier ordinaire pourrait être payé en entier et bénéficierait ainsi d'un avantage semblable à celui d'un créancier privilégié. En ce sens, l'injustice serait subie par la masse des créanciers ordinaires.

C'est à cette problématique que nous nous intéresserons. Nous le ferons par le biais de l'arrêt *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée*¹⁰, dans lequel la Cour d'appel du Québec a appliqué une solution de common law : la *set-off in equity*. Qu'il nous soit permis de faire un bref retour sur les faits pertinents afin de mieux situer l'argumentation relative à l'applicabilité d'une compensation ne répondant pas aux exigences fixées par le Code civil.

Suite à une vente, par Structal, de poutres d'acier, pour un montant de 878 000\$, qui devaient servir à la construction, par Gilbert, de cinq ponts sur la basse Côte-Nord, une action de 49 487\$ est intentée pour solde de prix de vente. Gilbert riposte par une demande reconventionnelle de 210 000\$ en alléguant des retards de livraison importants et préjudiciables, de même que des malfaçons.

Après liquidation, la créance de Structal est abaissée à 44 487\$ et celle de Gilbert, découlant de la demande reconventionnelle, à 47 455\$. Opérant compensation, la Cour déclare Gilbert créancière de Structal pour la différence, soit 2 968\$. Cette compensation se fit malgré la proposition que Structal avait faite à ses créanciers, sous l'empire de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Le juge de première instance¹¹, sous le prétexte qu'il s'agissait de réclamations dont l'origine était un contrat unique et qu'elles avaient été entreprises bien

⁷ L.R. (1985), ch. B-3.

⁸ Alors qu'en matière de cession de créance, par exemple, c'est l'absence de réciprocité qui sera source de difficultés.

⁹ "La compensation n'a pas lieu, et on ne peut y renoncer, au préjudice des droits acquis à un tiers."

¹⁰ *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée* [1998] R.J.Q. 2686 (C.A.), Mme la juge Otis.

¹¹ *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée* [1994], Cour supérieure 200-05-000778-907, M. le juge Gérard Lebel.

avant la proposition, considéra que cette dernière ne devait empêcher la compensation. Une fois portée en appel¹², cette affaire voyait sa conclusion inchangée. Les juges ont statué que la compensation pouvait jouer malgré la liquidation de la créance reconventionnelle, soit *a posteriori* de l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la suspension des procédures qui suit l'application des articles 69(1) et 69.1 (1) de ladite loi¹³.

Après s'être attardés aux conditions légales de la compensation et avoir déterminé, avec raison, qu'on ne pouvait appliquer dans les circonstances la compensation légale, les juges, par un laconique " toutefois, on reconnaît en droit canadien la notion de l'*equitable set-off*"¹⁴, introduisaient en droit québécois une compensation autre que légale et différente de ce qu'il convient d'appeler la compensation judiciaire.

Nous nous interrogerons donc sur la possibilité d'appliquer une compensation s'inspirant de la solution de *common law* et de *l'equity* qu'est l'*equitable set-off* (1) pour ensuite critiquer la pertinence de l'application d'une compensation allant à l'encontre des règles édictées par le droit civil québécois en matière de droit des obligations en situation de faillite (2).

1. *La problématique : En situation de faillite, dans un système de droit civil, l'equitable set-off est-il applicable ?*

Afin de chercher à répondre à cette question, on doit dans un premier temps considérer l'impossibilité qui existe en droit civil québécois d'invoquer la compensation en matière de faillite (1.1), pour ensuite s'intéresser à la possibilité d'opter pour une solution de *common law* (1.2).

1.1- *Impossibilité d'invoquer la compensation de droit civil en matière de faillite*

Sur ce point, là où le juge de première instance errait en droit, les juges de la Cour d'appel le rétablissaient en partie. Alors que chacune des instances paraît d'accord, bien que pour des raisons différentes, quant à l'impossibilité d'appliquer la compensation légale (1), les juges de la Cour d'appel, sans l'invoquer précisément, laissent croire par leur argumentation qu'ils ont cherché à éviter la question relative à l'impossibilité d'appliquer la compensation judiciaire en matière de faillite (2) afin d'opter directement pour la solution d'*equity*.

¹² *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée*, *op. cit.* note 10.

¹³ Il faut toutefois noter qu'une requête pour continuer les procédures a été présentée par Gilbert en vertu de l'article 69.4 L.F.I. et a été accueillie, permettant la liquidation de la dette. Nous reviendrons sur cette question aux points 1.1.2 et 2.1.

¹⁴ *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée*, *op. cit.* note 10 à la p. 2694, Mme la juge Otis.

1.1.1- *Impossibilité d'appliquer la compensation légale*

La compensation légale, une fois invoquée par une partie ou par le juge¹⁵, produira ses effets indépendamment de la volonté des parties. Pour ce faire, il faudra que les cinq conditions légales soient réunies.

Dans l'affaire *Structal*, la créance opposée au demandeur n'étant ni certaine, ni liquide et encore moins exigible avant que le juge ne se soit prononcé sur la demande reconventionnelle, c'est à raison et sans surprise que les juges d'appel ont conclu que la compensation légale ne pouvait avoir joué¹⁶. Si le juge de première instance ne s'était pas arrêté sur la question, la Cour d'appel suivait, elle, la position dominante en ce sens¹⁷.

La question relative à la compensation judiciaire recevait un traitement différent.

1.1.2- *Impossibilité d'appliquer la compensation judiciaire*

En première instance, le juge opérait compensation judiciaire. Il compensait de la sorte deux dettes ayant acquis les conditions de liquidité, de certitude et d'exigibilité après le dépôt de l'avis de surseoir dont avait fait l'objet la demande reconventionnelle de Gilbert le 22 octobre 1993. La compensation judiciaire, on le sait, n'a pas d'effet rétroactif¹⁸. Par cela on entend que, contrairement à la

¹⁵ *Supra* note 1.

¹⁶ *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée*, *op. cit.* note 10 à la p. 2694.

¹⁷ Juge Brossard dans *Banque de Commerce Canadienne Impériale c. Coopératives fédérées du Québec* 500-09-001081-942 écrivait : “[On] ne pouvait donc prétendre à compensation, à la date de la faillite, puisque la compensation ne peut exister qu’entre deux dettes également liquides et exigibles”; “On ne peut opposer, par le jeu de la compensation, une créance due et exigible à l’encontre d’une dette litigieuse, possible et future” *in Cie Montréal Trust c. 2969-9287 Québec inc.* [1995] R.D.I. 503 (C.S.) à la p. 506; “[Un débiteur] ne peut chercher à compenser – à son gré et quand il voudra – le solde qu’il doit, avec une réclamation de sa part dont la qualité n’est toujours pas précisée ni liquidée” *in Chabot c. Philippe Bertrand inc.*, J.E. 95-1314 (C.A.) à la p. 7, les juges Bisson, Mailhot et Tourigny; *Banque de Commerce Canadienne Impériale c. Coopératives fédérées du Québec* [1998] A.Q. no 2486 (C.A.); J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5^e ed., Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p. 771.

¹⁸ En ce sens, les propos de la juge Tourigny dans l'affaire *Laoun c. 156046 Canada Inc* DRS 93-10426 (C.A.) à la p. 16: “Même régulièrement plaidée, la compensation judiciaire ne rétroagit pas au jour de la coexistence des deux dettes; elle ne peut avoir d’effet qu’à compter du jugement qui la prononce et rend les deux dettes liquides.”; également, dans l'affaire *TEAC Canada Ltd c. Bédard Louis Inc. (200-09-000577-905)* le juge Chevalier écrivait à la p. 2: “Nous sommes ici en présence d’une réclamation liquide et exigible [...]. Par contre [la] demande en dommage-intérêts n’est ni liquide ni exigible et elle ne le deviendra que lorsqu’un jugement final aura reconnu son bien-fondé et établi son quantum. Si une compensation put jamais s’opérer, ce n’est qu’à cette échéance qu’elle se produira.”; enfin, dans une décision de la Cour du Banc du Roi, *Asphalt & Supply Compagny Ltd v. Elder Ebano Asphalt Company Ltd* [1920] R.J.Q. 532, le juge en chef Lamothe s’exprimait ainsi à la p. 535: “Celui qui oppose une créance non liquidée à une

compensation légale dont les effets se produisent rétroactivement au jour de la coexistence des deux dettes réunissant les qualités requises, la compensation judiciaire ne peut jouer que du jour du jugement qui la prononce.

Il faut ici opérer une distinction entre le jugement qui ne fait que constater l'existence de la créance et celui qui donne naissance à la créance proprement dite. Le juge procédera à la reconnaissance de l'existence de la créance lorsqu'elle sera incertaine, bien que liquide et exigible. C'est la contestation de l'existence de la créance par la partie à laquelle elle est opposée qui impose l'intervention de l'organe judiciaire. Or, dans le cas qui nous occupe, la créance de Gilbert n'était ni liquide, ni exigible et par conséquent, incertaine.

En procédant à la liquidation de la dette, les juges de la Cour d'appel ont donné naissance à la créance, naissance qui permettait dès lors la compensation. Seulement, l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* était venue accorder des droits à la masse des créanciers, ce qui empêchait, en vertu du droit civil, l'application de la compensation.

La jurisprudence et la doctrine s'entendent pour affirmer que la compensation en matière de faillite n'est possible - hormis la possibilité d'application de l'*equitable set-off* - que si les deux dettes réciproques existaient à la date de la faillite¹⁹. Par conséquent, on comprend que lorsque la demande reconventionnelle a pour but de donner naissance à la créance, comme en l'espèce, et non uniquement de reconnaître l'existence d'une dette au demeurant liquide, la compensation est inapplicable.

Le fait qu'il y ait eu requête accordée à Gilbert pour poursuivre les procédures, et donc pour permettre la liquidation de la dette, ne doit pas contrevenir à l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et aux droits qu'elle allouait à la masse des créanciers. Que l'on permette la liquidation de la créance reconventionnelle, soit. Mais permettre l'application de la compensation à l'encontre des règles du Code civil et du fondement de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est, juridiquement parlant, indéfendable.

L'article 69.4 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit deux situations permettant la levée de la suspension des procédures : d'abord, lorsque

réclamation liquide, ne peut prétendre que la compensation s'est opérée antérieurement[...]. Ce qu'il demande c'est une compensation future, qui serait prononcée après qu'il aurait réussi à prouver sa contre créance. [...] [La compensation judiciaire] n'a d'effet qu'après avoir été prononcée par un tribunal."; voir également *Labrèche c. Bergeron* (C.A.) J.E. 85-563; *Banque de Commerce Canadienne Impériale c. Coopératives fédérées du Québec* [1998] A.Q. no 2486 (C.A.); *Lauzier électrique Inc. c. Place Dupuis Inc.* (1997), C.S. 196; B. Reis, "Effect of Transfer and Bankruptcy on the Possibility of Compensation" (1971), 31 R. du B. 315.

¹⁹ *Lavolette c. Mercure* [1975] C.A. 599; *In re Hil-A-Don Ltd : Bank of Montréal c. Kwiat* [1975] C.A. 157; *Jeans Leslie Inc. (syndic) c. Auerbach* (C.A.Q.) [1991] A.Q. no 858; *Banque de Commerce Canadienne Impériale c. Coopératives fédérées du Québec* [1998] A.Q. no 2486 (C.A.); *2945-2802 Québec inc. c. Saint-Léonard (Ville)* [1998] A.Q. no 3312; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théories des obligations*, 3^e ed., Montréal, Les Éditions Thémis, 1996 à la p. 519.

la suspension causerait vraisemblablement un préjudice sérieux au créancier; ensuite, lorsqu'il serait équitable de lever la suspension. Dans l'affaire qui nous occupe, si l'on suit la logique de la Cour - puisque l'on a pu poursuivre les procédures, l'on peut opérer compensation -, le préjudice sérieux pour le créancier Gilbert reviendrait à devoir subir sa qualité de créancier ordinaire ! C'est donc par équité qu'on lui permet d'enfiler le manteau plus confortable de créancier privilégié et ce, à l'encontre des droits de la masse!

Faut-il voir dans cette disposition une ouverture à la possibilité pour un créancier ordinaire de brandir une éventuelle compensation afin de se transformer, du coup, en créancier privilégié ? Il semble bien que non²⁰, puisqu'un auteur souligne qu'une telle requête, avant la réforme de 1992, était le plus souvent accordée " quand le tribunal était convaincu que les procédures n'avaient pas pour but d'obtenir un jugement qui serait exécuté à même les biens du failli " ²¹. Cela est fort compréhensible, si l'on considère les créanciers qui font partie de la masse et qui n'ont pas la " chance " de pouvoir invoquer une priorité ou encore ...l'existence d'une dette à l'encontre du failli²² !

Sans l'avoir mentionné expressément, le jugement d'appel dans *Structal* fait tacitement référence à la compensation judiciaire, dans la mesure où les juges ne pouvaient qu'être conscients de l'absence de liquidité des créances et de la liquidation de l'une d'elle par le biais d'une demande reconventionnelle. Bien qu'évitée, la question relative à l'applicabilité de la compensation judiciaire en matière de faillite aurait dû, selon nous, être analysée, de manière à envisager la totalité des solutions de droit civil québécois, avant de chercher à appliquer la solution de *common law* qu'est le *set-off in equity*.

1.2- Peut-on invoquer la solution de l'équitable set-off dans des cas de faillite en droit civil ?

Le juge de première instance, en optant pour une compensation judiciaire appliquée après la prise d'effet de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, a vu son jugement critiqué sur ce point²³. En appel, les juges, après avoir rejeté la

²⁰ En ce sens : " Permettre au requérant de faire vendre pour son seul bénéfice des biens appartenant à l'actif de la faillite serait accorder une préférence au requérant par rapport aux autres créanciers. Or, avant d'accorder une requête en vertu de l'article 69.4 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la Cour doit justement s'assurer que l'autorisation recherchée n'aura pas pour effet d'avantager un créancier au détriment des autres créanciers " in *Sirois c. Cutting Limited (syndic)* [1996] A.Q. no 2266 (C.S.), n° 11, le registraire Daoust. Nous référons à la version disponible sur Quick Law.

²¹ J. Deslauriers, " Utilisation de la *Loi sur la Faillite et l'insolvabilité* par les créanciers garantis ", in *Développements récents sur l'hypothèque* (1997), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997 à la p. 32.

²² J. Deslauriers considère d'ailleurs que de manière générale la jurisprudence antérieure à 1992 continuera de trouver application, *ibid.* à la p. 33.

²³ La question relative à la possibilité d'opérer compensation malgré la faillite est la troisième des 4 questions posées par le jugement d'appel.

possibilité d'opérer compensation légale, envisagèrent immédiatement l'option de l'*equitable set-off* utilisé en *common law*. Il est curieux que l'on ne se soit pas engagé plus avant quant à l'interrogation relative à la compensation judiciaire, et il est surtout regrettable que l'on n'ait pas cherché à mieux marquer le parallèle existant entre cette dernière et le *set-off in equity*.

Plus encore que cette étude comparative, c'est la possibilité d'implanter en droit civil une solution de *common law* s'inspirant de l'*equity* qui s'avérait fondamentale. Dans quelle mesure est-il possible en matière de faillite de faire primer des solutions de *common law* sur les règles de droit civil portant sur la compensation ? (1.2.2) Avant de chercher à répondre à cette interrogation, intéressons-nous davantage à la solution appliquée par la Cour d'appel, le *set-off in equity*. (1.2.1)

1.2.1- L'*equitable set-off* est une solution de *common law* fondée sur l'*equity*

La *common law*, à ses origines, ne connaissait pas l'*equity*. Elle constituait un *caselaw*, un droit judiciaire, qui en vint à souffrir d'un formalisme trop rigoureux. L'*equity* fit son apparition afin de faciliter l'administration de la justice, qui s'était imposée elle-même des limites à son évolution par le biais d'un droit procédural et rigide. S'il semble difficile de préciser le moment de l'apparition des *Courts of equity*, leur création peut être expliquée par la demande que faisait le plaideur au roi, *fountain of justice*, devant l'iniquité de la *common law* ou de ses carences, par voie de pétition. Le roi intervenait alors, assisté de son conseil privé. Vers 1330, Edouard III ordonna que tous les griefs et appels lui étant adressés soient référés au chancelier. Assisté de la *Court of equity* qu'il préside et qui est composée du vice-chancelier, il recevra directement les requêtes et les jugera.²⁴

Victimes de violentes attaques dès la fin du XIV^e siècle, c'est au XVII^e siècle que la rivalité entre *Courts of common law* et *Courts of equity* atteint son point culminant. Désormais le roi n'était plus au-dessus de la loi, et rien ne pouvait plus aller à l'encontre des lois du Parlement. Les *Courts of equity* se préparèrent dès lors à la refonte majeure de 1873, en adoptant le principe du *stare decisis*, alors que les *Courts of common law* commencèrent à considérer dans leurs décisions les principes d'*equity*. La véritable fusion se fera par le biais des *Judicature Acts* en 1873. On jugerait désormais à la fois en droit et en *equity*.²⁵

Le *set-off*, équivalent en *common law* de la compensation, se présente sous deux formes : *legal* et *equitable*²⁶. Le premier mode, qui s'apparente à la compensation légale, exige pour être appliqué des créances liquides et réciproques. Alors qu'en droit civil la compensation légale sera d'avantage

²⁴ A. Dessens, *Essai sur la notion d'équité*, thèse Toulouse, 1934 à la p. 144.

²⁵ M. Sami Zaki, " Définir l'équité ", Archives de philosophie du droit, Vocabulaire fondamental du droit, Tome 35, Sirey, Paris, 1990 à la p. 96.

²⁶ K.R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada*, Aurora, Canada Law Book inc., 1993 à la p. 4.

perçue comme un mode de paiement et la compensation judiciaire comme un moyen de défense²⁷, le *legal set-off* - ou *set-off in common law* - jouera, en fonction des circonstances de son application, chacun de ces rôles : *accounting et defence*²⁸. Ce rôle de défense²⁹ prend toutefois tout son sens en ce qui a trait à l'équitable *set-off*³⁰.

Le *set-off in common law*, comme le rappelait le juge Wilson dans l'arrêt *Holt c. Telford*³¹, tire son origine de l'*Insolvent Debtors Relief Act*³² et du *Set-off Act*³³, lois anglaises abrogées mais dont la teneur s'est retrouvée dans les dispositions qui ont suivi et ont influé sur les lois canadiennes³⁴. C'est par la fusion des cours d'*equity* et de *common law*, en vertu du *Supreme Court of Judicature Act* de 1873³⁵ en Angleterre, que la distinction entre ces deux types de *set-off* devait naître³⁶.

L'*equitable set-off*, jusqu'alors appliqué par les *Courts of equity*, allait permettre la " compensation " là où le *legal set-off* ne le permettait pas, en raison des règles strictes le régissant³⁷. L'*equitable set-off* pourra donc être appliqué en l'absence de liquidité et de réciprocité³⁸ des créances. Le *set-off in equity*

²⁷ Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Librairies techniques, Paris, 1979, par. 100 : " En compensant, les parties cherchent tantôt à simplifier leurs relations, tantôt à éviter une perte : chacun des deux aspects prend le pas sur l'autre en fonction du contexte de l'opération. En règle générale, la compensation légale apparaît plutôt simplificatrice et la compensation judiciaire comme plutôt protectrice. "

²⁸ K.R. Palmer, *supra* note 26 à la p. 2.

²⁹ On peut apprécier ce rôle de défense différemment selon qu'il est joué par un ou l'autre des modes de *set-off*. Ainsi, des auteurs écrivent : " *Legal set-off is characterized as a procedural defence whereas equitable set-off is a substantive defence.* " in J.A.M. Judge & M.E. Grotenthaler, " *Legal and equitable set-offs* ", (1991) 70 R. du B. can. à la p. 92.

³⁰ K.R. Palmer, *supra* note 26 à la p. 10 et ss.

³¹ [1987] 2 R.C.S. à la p. 202.

³² 2 Geo. 2, chap. 22 (R.U.).

³³ 8 Geo. 2, chap. 24 (R.U.).

³⁴ La compensation étant affaire de droit civil, elle est régie par des dispositions provinciales. Ainsi, chaque province de common law dispose-t-elle de règles relatives au *legal set-off*.

³⁵ 36 & 37 Vict., chap. 66 (R.U.) , *Holt c. Telford. op. cit.* note 31 à la p. 202.

³⁶ C'est dans cette disposition du *Supreme Court of Judicature Act* qu'il est fait mention du droit de *set-off* : " 199.3 A defendant in an action may set-off, or set up by way of counterclaim against the claims of the plaintiff, any right or claim, whether such set-off or counterclaim shall have the same effect as a cross-action, so as to enable the Court to pronounce a final judgment in the same action, both on the original and on the cross-claim. But the Court or a Judge may, on the application of the plaintiff before trial, if the opinion of the Court or Judge such set-off or counterclaim cannot be conveniently disposed of in the pending action, or ought not to be allowed, refuse permission to the defendant to avail himself thereof. "

³⁷ " *The right of equitable set-off is available even where legal set-off not be claimed* " .

³⁸ L'absence de réciprocité devra être compensée par la présence d'une *close connection* venant assurer un certain lien entre les créances et la perspicacité de la compensation, ce qui fait dire à un auteur que : " *The requirement of mutuality is relaxed, but not removed, in equitable set-off* ", K.R. Palmer, *supra* note 26 à la p. 267.

agit, comme le démontre son appellation, parce que l'*equity* l'exige et surtout le permet. Elle apporte une souplesse d'application ne pouvant ressortir du cadre légal strict des règles de *common law* qui empêcheraient autrement la compensation³⁹. En 1908, dans l'arrêt britannique *Lister v. Hooson*⁴⁰, le juge Fletcher Moulton permettait l'application de la compensation en matière de faillite en vertu de l'*equity*. Cette dernière, selon lui, ne pouvait souffrir de voir une personne, qui n'est pas un véritable débiteur de la faillite en raison de la possibilité de compensation, devoir rembourser la totalité de sa dette pour ne recevoir en échange qu'une partie de sa créance⁴¹.

C'est donc en vertu de l'*equity* que l'on utilise l'*equitable set-off*. Cet appui est réel et important. Il implique l'analyse des circonstances d'application et la nécessité d'en arriver à une solution qui s'avèrera par nature l'exception. Or, peut-on justifier en droit québécois une solution ayant pour fondement l'*equity* ?

En droit français, afin de remédier à des problèmes semblables, on instaura, par voie prétorienne, la compensation de dettes connexes⁴². Cette solution, élaborée il y a plus d'un siècle⁴³, a pour but de permettre la compensation en l'absence de la condition de réciprocité et en situation de faillite. Son application se fera, en fait, dans des circonstances semblables à celles de l'*equitable set-off*. Le fondement de cette solution est la notion de connexité : dans la mesure où deux créances comportent un lien de connexité, elles peuvent être compensées malgré l'absence des conditions légales exigées par les articles 1289 et suivants du Code Napoléon.

Bien que les rapprochements entre les solutions française et anglaise paraissent évidents, aucune justification basée sur l'équité n'a été à ce jour apportée au soutien de la compensation de dettes connexes en France⁴⁴. C'est donc a bon droit, nous semble-t-il, que nous trouvons l'importation et l'application

³⁹ J.A. Carfagnini écrit : " *The principles of equitable set-off are, by their very nature, not clearly enunciated and often depend upon the particular circumstances of each case.* " in *Proceedings under the Winding-Up Act, Canadian Bankruptcy Reports*, 66 C.B.R. à la p. 104.

⁴⁰ [1908] 1 K.B. 174 (C.A.).

⁴¹ *Ibid.* à la p. 178.

⁴² Sur le sujet, voir entre autres, mais de manière prépondérante : R. Mendegris, *supra* note 1; G. Duboc, *La compensation et le droit des tiers*, LGDJ, 1989; N.-C. Ndoko, " Les mystères de la compensation ", (1991) 90(4) Rev. trim. dr. civ. 661.

⁴³ À partir de 1847 (Cass. Chambre civile, 2 août 1847) les juristes français élaborèrent diverses théories pour permettre la compensation à l'encontre des règles du Code civil. C'est en 1938 (Cass. civ. 18 octobre 1938) que l'on introduisit la notion de connexité qui n'a aucun lien avec celle de l'article 172 Code de procédure civile du Québec. À partir de 1967 (Cass. civ. (1^{ière} chambre) 18 janvier 1967) dès qu'un juge se trouve face à des dettes connexes, il se doit de procéder à la compensation exigée par l'une des parties, et ce, malgré l'absence de réciprocité ou le gel des procédures pour cause de faillite.

⁴⁴ Certains auteurs ont toutefois reconnu le fondement équitable de la solution, mais de manière purement descriptive, et non véritablement justificative. R. de Kotzebue, *Compensation et procédure : Essai de critique et de science juridique pure*, Paris, Sirey, 1945 à la p. 67; N.-C. Ndoko, *supra* note 42 à la p. 694.

d'une solution d'*equity* en droit civil québécois surprenante et inopportune en l'absence de justification et d'adaptation valable. D'autant plus qu'en matière de compensation, le droit civil prime sur la *common law*.

1.2.2- En matière de compensation, le droit civil prime sur la *common law*

La compétence fédérale en matière de faillite (article 91 (21) *Loi constitutionnelle de 1867*) est une exception au pouvoir général des provinces se rapportant aux questions de droit privé (article 92 (13) *Loi constitutionnelle de 1867*). Pour cette raison, on ne saurait l'interpréter de manière à ce qu'elle empiète abusivement sur la compétence provinciale⁴⁵. En ce sens, et dans la mesure où l'article 97(3) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* permet l'application des règles de la compensation " de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur ", il est difficile de justifier une compensation autre que de droit civil. Ce n'est pas que l'on ne puisse s'inspirer d'un modèle autre que civiliste⁴⁶, mais bien que l'utilisation d'une solution de *common law* en droit civil sans aucune justification juridique, ou autre, paraît fâcheuse parce qu'injustifiée. Répétons-le, la compensation est une matière de droit civil⁴⁷. Plusieurs juristes s'entendent pour établir qu'en matière de compensation en situation de faillite, c'est le droit québécois qui trouve application⁴⁸.

⁴⁵ Considérant les contradictions que faisait naître la nature fédérale de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* avec les diverses règles propres au droit civil, A. Bohémier écrit : " Sur le plan fonctionnel, ces contradictions doivent, d'une façon générale, être évitées autant que possible par souci d'efficacité et pour sauvegarder l'intégrité du droit civil. C'est dans le prolongement de ces idées maîtresses que l'on souhaite voir interpréter strictement et restrictivement les dispositions de la *Loi sur la faillite*, en vue d'en assurer la plus grande intégration possible avec celles du droit civil. " in *Faillite et insolvabilité*, Tome 1, Thémis, Montréal, 1992 à la p. 20; voir également P. Carignan, " La compétence législative en matière de faillite et d'insolvabilité ", (1979) 57 R. du B. can. 47; H. Brun, *Droit constitutionnel*, 2^e ed., Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p. 431.

⁴⁶ Il faut garder à l'esprit que la compensation de dettes connexes en France, qui permet la compensation en matière de faillite malgré l'absence de liquidité de la créance, découle fort probablement du *set-off in equity* anglais, qui s'inspire lui même de la compensation de droit romain...

⁴⁷ S'interrogeant sur les règles applicable en matière de compensation en situation de faillite, un auteur écrivait : " Quelle est donc cette loi des compensations ? Certainement pas une loi fédérale sur la compensation. Il n'en existe pas. La compensation, matière de droit civil, est de juridiction provinciale, aux termes de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique Britannique du Nord*. Par conséquent, en matière de compensation, c'est la Loi de la province qui s'applique [...].P. Letarte, " Des effets de la compensation en matière de faillite ", (1936-1937) 39 R. du N. à la p. 311.

⁴⁸ Duncan et Honsberger, *Bankruptcy in Canada*, 3^e ed., Toronto, Canada Law Book Company Ltd, 1961 à la p. 511; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 19 à la p. 521; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 17 à la p. 775; L.W. Houlden et C.H. Morawelt, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed., Carswell, Toronto, 1997 à la p. 4-91; P. Letarte, *supra* note 47; *Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec (In re)*;

Il est fort louable de chercher à combler les trous juridiques qui existent en la matière, mais cela doit être fait de manière à ce qu'il soit possible de justifier l'application ultérieure des nouvelles règles ainsi créées. S'inspirer des solutions de *common law* est une chose. Justifier une solution en vertu d'une approche de *common law*, en l'appliquant sans aucune nuance relative à son origine, sans tentative de rapprochement et de parallèle jouant un rôle d'argumentation et incidemment de justification, en est une autre, et elle porte à la critique suivante.

2. La critique : En situation de faillite, dans un système de droit civil, l'*equitable set-off* est-il *équitable* ?

L'argument voulant que la compensation puisse être utilisée en situation de faillite, en raison du libellé de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui prévoit son application⁴⁹, n'a de sens que dans la mesure où les règles de droit provincial le permettent. Or, on l'a compris, le droit civil a priorité en matière de compensation et ses règles en empêchent l'utilisation.

Il paraît évident que nous faisons face ici à une lacune juridique. Doit-on, afin d'y remédier, opter pour la solution de *common law* ? Nous ne le croyons pas. Deux raisons fondent notre position : premièrement, en raison de l'atteinte injustifiée qui serait faite aux droits des tiers (2.1) ; deuxièmement, en raison du fondement *equitable* de la solution, notion ambiguë entre toutes⁵⁰ qui est d'application - il ne peut s'agir ici que d'un euphémisme - équivoque. (2.2)

2.1-Atteinte aux droits des tiers

L'article 1681 C.c.Q. énonce que la compensation n'a pas lieu au détriment des droits acquis à un tiers. Or, dès le dépôt de l'avis de surseoir relatif à l'insolvabilité de Structal, l'ensemble des créanciers bénéficiait du droit d'être

Lavolette c. Mercure [1975] C.A. 599-600 cité dans A. Bohémier et Y. Lauzon, *Droit de la faillite, Recueil de jurisprudence*, Editions Thémis, Montréal, 1991 à la p. 989 et 991; M. Deschamps, "Les comptes en banque au Québec", (1986) 65 R. du B. can. 75; *Banque de Commerce Canadienne Impériale c. Coopératives fédérées du Québec* 500-09-001081-942; *In re Hil-A-Don Ltd : Bank of Montréal c. Kwiat* [1975] C.A. 157; *Jean (Syndic de)*, J.E. 94-1055 (C.S.); *Law Reform Commission of British Columbia, Report on set-off*, juillet 1988 à la p. 12; la seule opinion contraire que nous ayons trouvée provient de P.R. Wood dans *Principles of international insolvency*, Sweet & Maxwell, London, 1995 à la p. 16, qui écrit en énumérant les pays appliquant l'*equitable set-off* : "Canada (including Québec since the Federal bankruptcy legislation overrides the Napoleonic bar on insolvency set-off)", mais étant donné le traitement quelque peu concis donné par M. Wood, on comprendra que l'on préfère s'en remettre à l'opinion des juristes canadiens sur le sujet...

⁴⁹ *Husky Oil Operations v. M.N.R.* 35 C.B.R. (3d) à la p. 105.

⁵⁰ "À moins de se piper des mirages de la métaphysique, l'Équité est indéfinissable [...] elle échappe, par principe même à toute définition logique [...] parce que l'idée du juste n'est pas une idée stable, uniforme, absolue, et que son contenu varie suivant les circonstances de temps et de lieu." H. de Page, *À propos du gouvernement des juges; l'équité en face du droit*, Paris, Sirey, 1931, cité dans A. Dessens, *supra* note 24 à la p. 8.

payé selon la proposition concordataire. En opérant la compensation avec une dette liquidée après le dépôt de l'avis, le juge a contrevenu aux droits de la masse des créanciers⁵¹, dérogeant de la sorte à l'article 1681 C.c.Q. qui trouve application malgré la faillite⁵² et en conformité avec la philosophie de la loi qui la régit.

Tant en première qu'en seconde instance, les juges s'appuient sur la demande de permission de poursuivre les procédures qui a été accordée au demandeur reconventionnel pour fonder la compensation post-faillite. Or, cet argument n'est valable que dans la mesure où l'on prend pour acquise la validité de l'*equitable set-off* en droit québécois. En effet, le problème ne découle pas de l'application des dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* empêchant la poursuite des procédures dès lors que le dépôt de la proposition est effectuée⁵³, mais plutôt de la création d'une créance privilégiée pour le demandeur reconventionnel. Que Gilbert ait pu faire liquider sa créance à la suite de la permission du tribunal de poursuivre les procédures est parfaitement justifiable. La difficulté réside plutôt dans la conséquence de la compensation judiciaire qui ne prenait effet qu'à compter du moment de la liquidation de la créance, et ici de sa naissance, donc après la mise en faillite, ce qui permettait à Gilbert d'être payé en entier à la barbe de la masse des créanciers.

S'il ne fait aucun doute que l'obtention d'une permission de continuer les procédures a pour effet de permettre au créancier " non seulement d'obtenir un jugement en sa faveur, mais également de prendre les moyens pour en assurer l'exécution " ⁵⁴, cela ne peut se faire à l'encontre des règles de droit civil québécois relatives à la compensation, qui énoncent qu'elle ne peut avoir lieu au détriment des droits acquis à un tiers.⁵⁵

Par conséquent, on ne peut considérer que les juges de la Cour d'appel apportaient un raisonnement convaincant. Il s'avère, en droit, à peine mieux fondé que celui de première instance, qui se contentait d'affirmer qu'en raison de la requête permettant la poursuite des procédures, le juge n'avait pas le devoir de considérer l'avis de surseoir. Une telle justification à vue de nez ne justifie aucunement une compensation basée sur des principes allant à l'encontre des règles édictées par le Code civil.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* a pour but de placer tous les créanciers sur un pied d'égalité. Si la requête pour continuer les procédures présentée en

⁵¹ J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 19 à la p. 519; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, Tome cinquième, A. Durand, Paris, 1885 à la p. 141 et 218; Toullier, *Le droit civil français*, Tome septième, 5^e ed., Renouard, Paris, 1839 à la p. 458; L. Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, Tome huit-bis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1959 à la p. 585.

⁵² " Ces règles [1196 C.c.B.C.] sont applicable *mutatis mutandis*, dans l'hypothèse d'une faillite [...] " Faribeault, *ibid.* à la p. 613.

⁵³ Art. 69(1) et 69.1(1) *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

⁵⁴ *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée*, *op. cit.* note 10 à la p. 2693, Mme la juge Otis.

⁵⁵ Art. 1681 C.c.Q.

vertu de l'article 69.4 de *La Loi* est fondée, dans la mesure où elle permet de quantifier la créance afin qu'il puisse y avoir paiement selon le concordat, elle ne peut aucunement justifier la compensation d'une dette liquidée après le dépôt de l'avis de surseoir. De la sorte, l'on institue le demandeur reconventionnel créancier privilégié.

Bien que le tribunal se devait de liquider la créance, il ne pouvait opérer la compensation en raison du moment de cette liquidation. La requête pour continuation des procédures permettait bien la liquidation, et éventuellement une réclamation dans la faillite, mais aucunement le non-respect de l'article 1681 C.c.Q. Cela, même si l'on cherche une justification du côté de l'*equity*...ou de l'équité.

2.2- *Quelle est l'équité / equity à appliquer ?*

Il ne fait aucun doute que la compensation en matière de faillite crée une garantie à l'encontre du syndic, en faveur de celui qui l'invoque⁵⁶. Cette garantie, qui transforme le créancier ordinaire en créancier privilégié, comment peut-on la justifier ? S'il est vrai que la disposition 97(3) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* permet l'application de la compensation de la même manière qu'en l'absence d'insolvabilité et que par conséquent elle permet l'*equitable set-off* qui est un mode compensatoire valide autant que le *set-off in common law*, en droit québécois, le *set-off in equity* n'existe pas⁵⁷.

Comment pourrait-on justifier une compensation en droit civil, sur des principes d'*equity*⁵⁸? Que l'on s'inspire des solutions juridiques qui découlent de son application ne peut nous sembler que profitable, mais que l'on ne cherche

⁵⁶ J.A.M. Judge et M.E. Grotenthaler, *supra* note 29 à la p. 92; K.R. Palmer, *supra* note 26 à la p. 4; G. Duboc, *supra* note 42, par. 353; J. Carbonnier, *Droit civil*, T.4 : *Les Obligations*, Thémis droit privé, P.U.F., 16^e ed., Paris, 1992, n° 340.

⁵⁷ S'interrogeant sur la possibilité d'appliquer les règles de l'*equitable set-off* en droit québécois A. Bohémier écrit : " Pour la compensation, l'article 97(3) L.F. devrait suffire à exclure tout renvoi aux règles d'*equity* ", *supra* note 45 à la p. 579.

⁵⁸ Bien que l'équité et l'*equity* aient des racines communes en droit romain et que l'*equity* a semble-t-il suivi des concepts de droit canonique, les deux notions divergent en raison, entre autres, des influences procédurales subies par l'*equity*. Voir à ce sujet J. Martinez-Torron, " *Comments on the Influence of Canon Law on the Common Law Legal Tradition* ", (1989) 20 R.G.D. 5-30. A. Bohémier écrit d'ailleurs : " Au Québec, l'emploi de cette terminologie [*equity*] peut paraître étonnante. Elle a pu laisser croire à certains que le tribunal siégeant en matière de faillite pouvait, soit appliquer les dispositions de la loi, soit plutôt rendre tout simplement des jugements à caractère équitable. Les versions françaises des premières lois de faillite pouvaient favoriser cette interprétation libérale, car on traduisait alors le mot *equity* par équité. Aujourd'hui ce mot n'est plus traduit. [...] Le mot " *equity* " de l'article 183 L.F. ne doit pas être entendu comme le désir de faire régner la justice, le traitement équitable et la bonne conscience. Il réfère plutôt à un véritable système de droit qui s'est développé en droit anglais en marge de la common law. ", *supra* note 45 à la p. 575.

aucunement à justifier sa transposition revient à nier la nature civiliste de notre système juridique⁵⁹. Pourrait-on alors fonder la solution sur des principes d'équité? Voyons ce qu'il en est de la compensation de dettes connexes appliquée en droit français et pourquoi nous sommes, pour notre part, opposé à ces formes de compensation en situation de faillite, que la justification soit d'*equity* ou d'équité.

Si l'application d'une compensation ne respectant pas les conditions légales - basée donc sur une approche d'équité - est justifiable dans certaines relations de nature triangulaire⁶⁰, en matière de faillite, elle apparaît délicate. L'absence de légalité ne découle pas de la formation d'une relation triangulaire qui viendrait annihiler la condition de réciprocité⁶¹, mais de l'impossibilité de liquider ou de rendre exigible une dette pour fins de compensation dès l'ouverture d'une procédure collective. Une compensation *illégale*⁶², justifiée par des raisons d'équité, a un effet de sûreté qui place le demandeur reconventionnel en situation de créancier privilégié par rapport à la masse des créanciers. Le rôle de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité est, lui, de mettre tous les créanciers ordinaires sur un pied d'égalité⁶³. Il est difficile de ne pas voir une opposition fondamentale entre ces deux états de faits. Bien qu'il puisse paraître injuste de voir un créancier payer la totalité de sa dette au syndic pour ne se faire rembourser qu'une partie de la créance qu'il détient envers son débiteur-failli, alors qu'en l'absence de faillite il y aurait parfaite compensation, l'imputabilité de cette *injustice* revient à la philosophie sociale de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité qui impose une *mutualité* des pertes.

⁵⁹ Révélateur? Les traductions françaises des arrêts *Holt c. Telford* [1987] 2 R.C.S. et *Holt c. Telford* [1987] 2 R.C.S. 193; *Husky Oil Operations v. M.N.R.* 35 C.B.R. (3d) 80, arrêts capitaux en matière de *set-off in equity*, traitent de compensation en *equity* et non en équité, refusant, avec raison, de traduire directement le premier terme par le second. Il est malheureux que tous n'adoptent pas la même prudence de transposition: ainsi, dans l'arrêt *re Trépanier* R.J.Q. 485 (C.S.), la juge Sévigny écrivait dans un *obiter dictum* qui se basait sur l'arrêt *C.I.B.C. c. Tuckerr Industries Inc.* (1984), 48 C.B.R. (N.S.) traitant de l'*equitable set-off*, que "les faits de cette cause sont tels que le Tribunal estime qu'il serait justifié d'affirmer que la compensation s'opère, à tout le moins, selon les principes d'équité".

⁶⁰ C'est-à-dire dans toutes situations où une relation synallagmatique initiale est transformée en échange triangulaire, à trois parties, par l'adjonction, par exemple, d'un cessionnaire ou encore d'un subrogé.

⁶¹ Rappelons que la condition de réciprocité est obligatoire pour que trouve application la compensation, légale ou judiciaire. La cession de créance, par exemple, en annihilant la réciprocité entre le cédé et le cédant, empêche toute compensation entre la créance du cédé néess après la signification de la cession et celle du cessionnaire, en vertu du 2^{ième} alinéa de l'article 1680 C.c.Q.

⁶² Ce terme, bien qu'impropre sur le plan de l'étymologie juridique, définit bien la compensation qui est utilisée à l'encontre des règles du Code civil du Québec. Il fut utilisé par le juge Dalphond dans l'affaire *AMS Canada Ltd. c. Crealise Conditionnement Inc.* [1997] A.Q. no. 2277 (C.S.) (Q.L.).

⁶³ L. Faribault, *supra* note 51 à la p. 585; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 19 à la p. 521.

Si la compensation tend à jouer un rôle équitable⁶⁴, il n'en demeure pas moins que par son application en matière de faillite, elle va à l'encontre d'une loi très spécifique, ayant un rôle social et économique plus que ciblé⁶⁵. En ce sens, la situation diffère de la contravention aux articles du C.c.Q. qui empêchent la compensation de dettes non réciproques, en matière de cession de créance par exemple. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, loi à vocation particulière et précise, n'est pas, contrairement au Code civil, un ensemble de règles générales formant un filet juridique qui se doit d'être ravaudé lorsque des trous apparaissent ici et là sur sa surface. Par l'application de solutions telles que le *set-off in equity*, au Québec à tout le moins, loin de combler les vides juridiques qui pourraient la miner, c'est à son fondement même que l'on s'attaque.

Paradoxalement, c'est en matière de faillite que l'on a vu se développer tant la compensation de dettes connexes en France que l'*equitable set-off* dans les systèmes de *common law*. Doit-on y voir un certain déplacement d'une équité à intérêt social vers une équité à intérêt individuel ? Il est frappant de constater comment les justifications apportées à l'interdiction de compensation en matière de faillite et données par les auteurs depuis plus d'un siècle⁶⁶ sont en opposition avec la volonté d'accorder aujourd'hui plus de droits au créancier, et ce, au détriment de la masse⁶⁷.

⁶⁴ Rappelons l'historique étymologique que donne de la compensation Toullier, *supra* note 51 à la p. 26 : "Compenser, *pensare rem aliquam cum aliqua*, signifie proprement peser dans la balance une chose avec une autre, pour s'assurer si leur poids est égal, ou si l'une l'emporte sur l'autre et de combien." Cela n'est pas sans rappeler l'illustration de l'équité que l'on retrouvait sur les monnaies romaines : une femme tenant une balance de la main droite et un long bâton servant de mesure, la *petica*, de la gauche, main moins habile que la droite et donc moins capable de fraude. Voir A. Dessens, *supra* note 24 à la p. 11.

⁶⁵ Quand vient le temps d'apprécier la notion d'équité pour appliquer la compensation en situation de faillite, les juges paraissent ne plus savoir sur quel pied danser : dans l'affaire *AMS Canada Ltd. c. Crealise Conditionnement Inc.*, *supra* note 62, n° 40, le juge Dalphond indique qu'obliger le créancier à payer la totalité de sa dette au failli pour n'en recevoir qu'une partie "serait contraire à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, une loi marquée par l'équité". L'équité à la base de cette loi n'est-elle pas de favoriser la distribution du capital de l'insolvable d'égale manière entre les créanciers ordinaires ?

⁶⁶ Toullier écrivait : "[...] la compensation n'est point admise en faveur de celui qui, étant créancier ou débiteur du failli avant l'ouverture de la faillite, est devenu depuis son débiteur ou son créancier, de quelque manière que ce soit. Car cette compensation porterait préjudice aux droits acquis par les autres créanciers, ce que ne permettent ni l'équité ni la loi.", *supra* note 51 à la p. 458.

⁶⁷ Traitant de la compensation d'une dette devenue exigible après la date de la faillite, des auteurs écrivent : "Cette interprétation va, pourtant, à l'encontre d'une règle de principe, tout au moins en droit civil, -- qui se veut de raison et d'équité -- aux termes de laquelle, au cas de faillite, aucun créancier ordinaire ne devrait bénéficier, de façon directe ou indirecte, d'un traitement de faveur ; or, cette solution qui permet la compensation dans un tel contexte autorise incontestablement un paiement préférentiel qui serait accepté par la *Loi sur la faillite*, probablement, là encore, au nom de la raison et de l'équité. C'est bien dire que la notion d'équité va et vient au gré de l'humeur du législateur ou des interprètes.", J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 19 à la p. 521.

En plus de la difficulté que nous éprouvons à déterminer quelle est l'équité à appliquer, nous faisons face à un autre problème.

La procédure collective, par son instauration, met en quelque sorte entre parenthèses les relations contractuelles qui unissent créanciers et failli. Ce n'est plus la loi des contrats qui influe, mais la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Alors que suite à une cession de créance le cédé devrait être en mesure d'opposer compensation au cessionnaire⁶⁸, en raison du risque qu'a pris ce dernier de brouiller la relation synallagmatique initiale, en matière de faillite, le responsable de la perte, est la Loi. On sort, dès lors, du domaine civil pour entrer dans un domaine autre, qui s'impose pour des raisons précises et auquel on ne peut opposer une justification qui lui est extérieure. En ce sens, l'on peut se demander si la procédure collective ne donne pas à la dette du failli une nature particulière qui l'empêche d'être compensée avec celle du créancier-débiteur. Est-ce que la dette d'un failli est fongible avec celle de l'un de ses créanciers⁶⁹? Si une condition est essentielle à la compensation, c'est bien la fongibilité. On entend ici que, bien qu'elles se présentent toutes deux sous forme monétaire, les dettes à compenser diffèrent fondamentalement par leur nature. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* vient transformer, en quelque sorte, la dette du failli en une chose de genre qui voit sa nature différenciée par rapport à la dette du créancier solvable.

De nos jours, la difficulté de compenser deux entités complètement distinctes est anéantie par la toute-puissante loi du marché qui permet de mettre un prix à tout élément matériel ou conceptuel. Seulement, en matière de faillite, peut-être faut-il considérer le problème autrement. Une créance de failli n'a-t-elle pas une valeur déterminée uniquement pour la masse des créanciers? Tout se passe comme si elle était retirée du domaine civil, commercial, pour devenir fermée aux modes d'échanges habituels et ne répondre qu'aux règles de la faillite. Il s'agit bien sûr d'une conception très théorique, mais elle peut être en mesure d'expliquer les scrupules qui subsistent à appliquer la compensation en matière de faillite.

S'il y a bien quelques oppositions à la possibilité de compenser une dette après la déclaration de faillite⁷⁰, il reste que c'est en ce domaine, nous l'avons vu, que la compensation de dettes connexes et que l'*equitable set-off* ont connu leur plus important développement. L'influence de l'*equity in common law* n'y est sans doute pas étrangère. En droit civil, justifier cet état de fait par une approche d'équité n'est pas satisfaisant en raison de la nature équivoque du

⁶⁸ Ce qu'empêche l'article 1680 C.c.Q. 2^e alinéa pour les créances nées après la signification de la cession au cédé.

⁶⁹ En ce sens : "Le jugement déclaratif a pour effet, en constatant la cessation des paiements, de mettre en doute la solvabilité du débiteur. Parlant en termes de compensation, on dira que la fongibilité entre les dettes réciproques se trouve suspectée. Certes, elles sont l'une et l'autre exprimée dans la même monnaie, mais on ne saurait soutenir qu'un franc dû par une personne *in bonis* et un franc dû par un insolvable sont deux choses fongibles." C. De Leyssac, *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, Université Paris I, Paris, 1973 à la p. 342.

⁷⁰ Voir par exemple J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra* note 19 à la p. 519.

terme. Quelles sont donc les raisons qui incitent les juges à contrevenir à la philosophie d'une loi sociale telle celle de la faillite, afin de privilégier un créancier au détriment de la masse? Verra-t-on un jour un juge permettre à un contribuable d'éviter une injustice - réelle ou apparente - en opposant compensation au ministère du revenu en matière fiscale⁷¹?

Il est malheureux que la Cour suprême dans une autre affaire⁷² ait cavalièrement évité la question. Après avoir relevé les principales critiques auxquelles était confrontée l'utilisation de la compensation (*set-off in equity*) en matière de faillite, la Cour se contentait de qualifier ce "débat théorique de certainement intéressant"⁷³ pour ensuite procéder au *set-off* en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. En refusant de considérer les critiques relatives aux impacts de l'*equitable set-off* en matière de faillite, en évitant ni plus ni moins la question, la Cour passait à coté d'une belle occasion de faire la lumière sur la perspicacité juridique de l'utilisation d'une telle solution. Il ne fait aucun doute qu'une attention plus grande portée aux interrogations posées aurait fait avancer la réflexion de manière substantielle et sans doute mis en garde la Cour d'appel dans l'affaire *Structal* contre une *importation* - on ne peut même pas parler de transposition - en bloc de la solution de *common law*.

Qui plus est, c'est la raison même qui était invoquée pour éviter de s'attarder au "débat théorique [...] certainement intéressant"⁷⁴ qui aurait dû freiner l'enthousiasme des juges de la Cour d'appel dans l'affaire *Structal*. Le débat fut en effet évité en raison de la présence dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* du paragraphe 3 de l'article 97 qui énonce que les "règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli". Puisqu'il semble évident que l'organe législatif n'a aucunement envisagé, ou à tout le moins pas de manière conséquente, les difficultés liées à l'utilisation du *set-off in equity* en présence d'une faillite, on ne peut, quant à nous, que désapprouver cette manière peu galante sur le plan de la théorie juridique (bien sûr ce n'est que théorie !) de bâcler la problématique.

De caractère social très marqué, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* peut-elle être contournée par l'application d'une compensation *illégitime*? Qu'est-ce qui est le plus équitable: le partage entre tous les créanciers ordinaires de l'ensemble de l'avoir du failli, ou la possibilité pour un créancier d'échapper à la loi du concours? L'effet de la loi en matière de faillite est le même à l'égard de tous les créanciers et cet impact, aussi désavantageux puisse-t-il être, est motivé par une volonté de protection légalement justifiée. Ainsi, en s'interrogeant sur la question de savoir si l'équité en matière de faillite consiste à permettre la compensation ou à s'assurer d'une égalité, relative mais contrôlée, des créanciers, l'on se rend à l'évidence qu'il y a place à l'argumentation...

⁷¹ Rappelons la règle de l'art. 1672 (2) C.c.Q. : "La compensation ne peut être invoquée contre l'État, mais celui-ci peut s'en prévaloir."

⁷² *Husky Oil Operations v. M.N.R.* 35 C.B.R. (3d) à la p. 1.

⁷³ *Ibid.* à la p. 104.

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 105.

Conclusion

Une réflexion juridique s'impose quant à l'application de la compensation en matière de faillite. Tant la solution de *common law*, qui trouve application dans le cadre de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, que la solution de droit français, où se trouvent les fondements des règles régissant l'application de la compensation, le démontrent. Seulement, cette réflexion ne peut consister en la simple transposition d'une solution de nature étrangère et d'application critiquée par la doctrine.

La considération de cette problématique a été ignorée trop longtemps en droit québécois, alors que les juristes français et de *common law* ont élaboré, depuis plus d'un siècle, les solutions - critiquables au demeurant - que sont l'*equitable set-off* et la compensation de dettes connexes. Pour qu'une recherche de solution soit possible, il faut soulever les interrogations et considérer les critiques. Si la Cour suprême ne procède pas à cet examen rigoureux, les juristes québécois ont l'obligation de le faire avant d'opter pour l'utilisation de l'une de ces solutions, en raison tant de la nature particulière de leur fondement ("équité individuelle" qui s'oppose à l'"équité sociale") que du caractère hybride des sources de droit dont la problématique est issue (droit fédéral et donc en majorité de *common law* versus droit provincial du Québec et donc de nature civiliste).

Que cette solution découle directement ou indirectement des deux courants juridiques à l'origine du droit québécois ne doit pas, ne doit plus, servir de justifications intouchables sur le plan juridique. Ce n'est pas parce que la solution est appliquée en *common law*, de même, bien que sous une forme différente, qu'en droit français, que l'on doive copier les mêmes erreurs. Et si l'on veut voir dans ces options des solutions valables, donnons-nous à tout le moins la chance de les apprécier. Ce n'est certes pas là le processus qui a permis l'introduction en droit québécois du *set-off in equity* dans l'affaire *Structal*.