

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-025913-161 / 500-09-025914-169
(500-11-040900-116)

DATE : 20 février 2017

**CORAM : LES HONORABLES PAUL VÉZINA, J.C.A.
LORNE GIROUX, J.C.A.
ÉTIENNE PARENT, J.C.A.**

DANS L'AFFAIRE DU PLAN D'ARRANGEMENT AVEC SES CRÉANCIERS, DE
MÉTAUX KITCO INC., DÉBITRICE (*LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES
CRÉANCIERS DES COMPAGNIES*, S.R.C. 1985, CH. C-36) :

N° : 500-09-025913-161

L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
APPELANTE - créancière - intimée

c.

MÉTAUX KITCO INC.
INTIMÉE - débitrice - requérante

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA
MISE EN CAUSE - créancière - intimée

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE - mise en cause

et

RICHTER GROUPE CONSEIL INC.
MISE EN CAUSE – contrôleur / mise en cause

et

HERAEUS METALS NEW YORK LLC
MISE EN CAUSE – mise en cause

et

**ASSOCIATION CANADIENNE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ
ET DE LA RÉORGANISATION (ACPIR)
INTERVENANTE**

N° : 500-09-025914-169

PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA
APPELANTE - créancière - intimée

c.

MÉTAUX KITCO INC.
INTIMÉE - débitrice - requérante

et

RICHTER GROUPE CONSEIL INC.
MISE EN CAUSE – contrôleur - mise en cause

et

HERAEUS METALS NEW YORK LLC
MISE EN CAUSE – mise en cause

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE - mise en cause

et

L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE - créancière - intimée

et

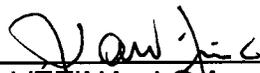
**ASSOCIATION CANADIENNE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ
ET DE LA RÉORGANISATION (ACPIR)
INTERVENANTE**

ARRÊT

[1] Les appelantes, l'Agence du revenu du Québec et la Procureure générale du Canada, se pourvoient contre un jugement rendu le 1^{er} février 2016 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Marie-Anne Paquette), qui les a condamnées à payer à Kitco respectivement 1 443 713,16 \$ et 335 866,78 \$, représentant des remboursements de taxes sur les produits et services (TPS) et de taxes de vente du Québec (TVQ) dus à Kitco jusqu'au 30 novembre 2015, avec intérêt et indemnité additionnelle.

[2] Pour les motifs du juge Vézina, auxquels souscrivent les juges Giroux et Parent, la **COUR** :

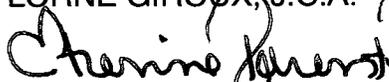
[3] **REJETTE** les appels avec les frais de justice en faveur de l'intimée (Kitco), des mises en cause (Richter Groupe conseil inc. et Heraeus Metals New York LLC), mais sans frais contre l'intervenante (ACPIR).



PAUL VEZINA, J.C.A.



LORNE GIROUX, J.C.A.



ÉTIENNE PARENT, J.C.A.

Me Daniel Cantin
Larivière Meunier (Revenu Québec)
Pour l'Agence du revenu du Québec

Me Chantal Comtois
Ministère de la Justice Canada
Pour la Procureure générale du Canada

Me Yves Ouellette
Me Alexandre Bayus
Me Lysandre Laferrière Chevrefils
Gowling WLG (Canada)
Pour Métaux Kitco inc.

Me Sylvain A. Vauclair
Woods
Pour Richter Groupe conseil inc.

Me C. Jean Fontaine
Stikeman Elliot
Pour Heraeus Metals New York LLC

Me Éric Vallières
McMillan
Pour ACPIR

Date d'audience : 8 novembre 2016

MOTIFS DU JUGE VÉZINA

[4] La « compagnie » débitrice Métaux Kitco inc. achète de la ferraille d'or (bijoux, chaînes, ustensiles de table, etc.) dont elle extrait l'or fin pour le revendre.

[5] Les achats de ferraille sont assujettis à la taxe sur les produits et services (TPS) et à la taxe de vente du Québec (TVQ), alors que les ventes d'or fin ne le sont pas. C'est l'Agence du revenu du Québec qui perçoit ces deux taxes, ce qui explique que les procureurs généraux du Québec et du Canada parlent ici d'une seule voix avec l'Agence.

[6] Le système de perception des taxes comporte un volet remboursement selon le schéma suivant. À l'achat de ferraille – un « intrant » de son exploitation –, Kitco doit payer les taxes à ses fournisseurs, lesquels en font remise à l'Agence; par contre, lors de la vente d'or fin, comme la loi exempte l'acheteur du paiement de la TPS et de la TVQ, Kitco a droit d'obtenir le remboursement de ces taxes payées à l'achat de l'intrant.

[7] C'est ainsi que, en 2010 et 2011, Kitco réclame et obtient de l'Agence des remboursements de taxes de plus de trois cents millions de dollars.

[8] Le hic, c'est que les fournisseurs de Kitco, grâce à un stratagème de fausse facturation, ne remettaient aucune taxe à l'Agence. Celle-ci a donc « remboursé » à Kitco des taxes jamais perçues.

[9] Lorsque l'Agence découvre le stratagème, elle conclut que Kitco en est partie prenante. De fait, à maintes reprises, Kitco vend son or fin à ses propres fournisseurs pour un volume d'affaires étonnamment élevé. Pour l'Agence, il s'agit d'un cercle vicieux mis en place pour la frauder. Les fournisseurs incorporent l'or fin dans des bijoux grossiers aussitôt revendus comme ferraille d'or à Kitco. En multipliant ainsi les transactions, on multiplie d'autant les remboursements de taxes... non perçues par l'Agence.

[10] À la suite de son enquête, l'Agence cotise donc Kitco pour les millions dont elle a été flouée.

[11] Kitco proteste avec véhémence de son innocence et conteste totalement les cotisations imposées. Elle écrit :

To Kitco's understanding, the ARQ [l'Agence] claims that, for several years, some companies linked to the goldsmith trade have been using a fraudulent scheme to wrongfully avoid the remittance of the GST and QST paid to them by Kitco or

others, and that Kitco is somehow part of this scheme (an allegation that Kitco has always strongly denied);

Prior to even receiving the draft notices of assessment, Kitco supplied the ARQ with all the useful and relevant information to demonstrate that it is not and could not be part of the alleged scheme contemplated by the ARQ;

[12] Mais il est bien connu que les cotisations fiscales sont aussitôt payables, peu importe qu'elles soient contestées¹. Le 7 juin 2011, l'Agence en entreprend l'exécution forcée.

[13] Le lendemain, 8 juin, Kitco dépose un avis d'intention de faire une proposition en vertu de l'article 50.4 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*², ce qui suspend tout « recours contre [elle] ou contre ses biens » de la part de ses créanciers (*L.f.i.*, art. 69), dont les mesures d'exécution de l'Agence.

[14] Puis, le 7 juillet, Kitco obtient une « ordonnance initiale », rendue en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (L.a.c.c.)*³, qui continue la suspension, toujours tenante aujourd'hui et jusqu'au 31 mai 2017. Le Tribunal pourra la prolonger s'il le juge à propos.

[15] La question de la participation ou non de Kitco dans le stratagème frauduleux dont l'Agence est victime, est actuellement devant une juridiction criminelle. Le procès est en cours et il semble bien qu'il pourrait se prolonger durant des mois et même plus. La validité des cotisations contre Kitco dépend de l'issue du procès. Jusque-là, son entreprise demeure sous la protection de la *L.a.c.c.*, à moins d'un nouvel ordre du Tribunal.

[16] Entretemps, depuis le 8 juin 2011, Kitco en continue l'exploitation – à volume réduit, nous a-t-on dit – et paie les taxes sur les intrants pour ensuite en réclamer le remboursement à l'Agence qui reconnaît lui devoir à ce titre plus de 1,7 M\$. Toutefois, l'Agence ne verse pas cette somme à Kitco, mais l'impute, par compensation, contre les cotisations.

[17] Kitco, qui considère cette compensation illégale, présente une requête pour obliger l'Agence à lui rembourser le 1,7 M\$. Le Tribunal lui donne raison⁴ et ordonne le remboursement. D'où le pourvoi en appel de l'Agence.

[18] Je retiens du jugement le motif suivant :

¹ Voir l'article 315 de la *Loi sur la taxe d'accise (L.t.a.)* L.R.C. (1985), ch. E-15, et l'article 2701 de la *Loi sur l'administration fiscale (L.a.f.)*, RLRQ, c. A-6.002.

² L.R.C. (1985), ch. B-3.

³ L.R.C. (1985), ch. C-36.

⁴ Jugement de la Cour supérieure, 2016 QCCS 444.

[118] [...] les termes de la LACC, tels qu'interprétés par la jurisprudence, ne permettent pas d'opérer compensation entre la Dette fiscale litigieuse, née avant les procédures en insolvabilité, et la dette pour les Crédits non contestés, née après ces procédures.

[19] Pour l'Agence, ce motif est mal fondé. Selon elle, le texte de la disposition qui permet la compensation (*L.a.c.c.*, art. 21, cité ci-après) ne la restreint pas aux seules dettes nées avant les procédures en insolvabilité. Elle écrit :

C'est à tort que la première juge a conclu que les deux créances compensées doivent avoir pris naissance avant l'institution des procédures en raison du libellé de l'article 21 LACC.

[20] À mon avis, l'interprétation littérale de l'Agence n'est pas la bonne car elle fait échec à la restructuration des grandes entreprises en difficulté, l'objectif primordial de la *L.a.c.c.*, et en outre, elle va à l'encontre du principe bien établi en droit de l'insolvabilité du traitement des créanciers ordinaires sur un pied d'égalité. L'Agence présente aussi un moyen fondé sur l'hypothèse que Kitco fera défaut de présenter un plan d'arrangement.

[21] À mon avis, ce motif est bien fondé et suffit à confirmer le dispositif du jugement. Voici mon analyse en quatre points :

- A) Ce motif, quelques précisions;
- B) La compensation versus la restructuration des entreprises;
- C) La compensation versus le traitement des créanciers ordinaires sur un pied d'égalité;
- D) Le défaut éventuel de Kitco de présenter un plan d'arrangement.

A) Ce motif, quelques précisions

[22] En début d'analyse, il est utile de préciser le contenu de ce motif, soit 1) « Les termes de la LACC », 2) « La Dette fiscale litigieuse », 3) « Les procédures en insolvabilité » et 4) une dette « née avant ces procédures » et une autre « née après » celles-ci.

1) « Les termes de la LACC »

[23] Ces termes sont d'abord ceux de l'article 21 qui permet la compensation, mais c'est l'ensemble de la loi dont se dégagent son objectif et ses principes sous-jacents, lesquels doivent être pris en compte pour une juste interprétation de l'article selon la méthode moderne reconnue.

[24] Voici l'article 21 de la *L.a.c.c.* :

21 Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas

21 The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[25] Comme il m'importe de souligner les rapports étroits entre le *L.a.c.c.* et la *L.f.i.*, voici l'article de cette loi sur la compensation, au même effet :

Compensation

97 (3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

Law of set-off or compensation

97 (3) The law of set-off or compensation applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off or compensation is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

2) « La Dette fiscale litigieuse »

[26] Ce sont les cotisations imposées par l'Agence à Kitco, contestées par celle-ci.

[27] Au sujet de cette contestation, éliminons un point encore débattu en appel.

[28] Le *Code civil* exige, pour que la compensation s'opère entre deux dettes, que celles-ci soient « certaines » (art. 1673). La contestation des cotisations en fait-elle une dette incertaine? ou leur exigibilité immédiate malgré cette contestation leur octroie-t-elle un caractère certain au sens de cette disposition?

[29] Il n'est pas nécessaire de trancher car, dans l'hypothèse favorable à l'Agence que ses cotisations sont certaines, la question demeure si la compensation est possible

entre deux dettes, l'une née avant la procédure en insolvabilité et l'autre après celle-ci, et la réponse suffit à trancher le litige.

3) « Les procédures en insolvabilité »

[30] Ce sont les actes de la procédure engagée suivant l'une ou l'autre de la *L.a.c.c.* et de la *L.f.i.*, ces deux lois qui forment l'ensemble du droit de l'insolvabilité.

[31] Ici, le premier acte est celui de l'avis d'intention (*L.f.i.*) du 8 juin 2011, suivi du deuxième, l'ordonnance (*L.a.c.c.*) du 7 juillet suivant. Le premier emporte la suspension des recours des créanciers et le second la continue. Un autre lien étroit entre ces deux lois.

[32] C'est aussi au 8 juin que les réclamations des créanciers sont arrêtées et évaluées selon la *L.a.c.c.*, qui renvoie à la *L.f.i.* :

(*L.a.c.c.*)

Réclamations

19 (1) Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement visant une compagnie débitrice sont :

a) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie à [...]

(ii) la date de la faillite, au sens de l'article 2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, si elle a déposé un avis d'intention sous le régime de l'article 50.4 de cette loi ou [...]

(*L.f.i.*)

Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

ouverture de la faillite Relativement à une personne, le premier en date des événements suivants à survenir :

Claims

19 (1) Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are

(a) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is subject [...]

(ii) if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the Bankruptcy and Insolvency Act or [...]

Definitions

2 In this Act,

[...]

date of the initial bankruptcy event, in respect of a person, means the earliest of the day on which any one of the following is made, filed or

	commenced, as the case may be:
[...]	[...]
c) le dépôt d'un avis d'intention par elle;	(c) a notice of intention by the person,
[...]	[...]

[33] D'où l'ordonnance du Tribunal du 18 avril 2012 qui précise :

e) "Claim" means any rights [d'un créancier] existing prior to the Determination Date, or which would have been claims provable in bankruptcy had the Petitioner become bankrupt on the Determination Date, and [...]

[...]

n) "Determination Date" means June 8, 2011;

o) "Excluded Claims" means any right of any Person against the Petitioner in connection with (i) any indebtedness, liability or obligation of any kind which came into existence after the Determination Date and [...],

[34] Le 8 juin est donc à la fois la date de l'ouverture de la procédure en insolvabilité et de la suspension des recours des créanciers et celle du jour où leurs réclamations doivent être établies (le jour de l'Ouverture ou l'Ouverture).

4) Une dette « née avant ces procédures » et une autre « née après » celles-ci

[35] En appel, les parties reprennent la distinction faite par la Juge entre les dettes nées avant l'Ouverture et celles après celle-ci, en les qualifiant de dettes « pré » et « post », ce qui allège l'exposé.

[36] Comme les réclamations s'établissent au jour de l'Ouverture, elles constituent toutes des dettes pré auxquelles « les règles de la compensation s'appliquent » (*L.a.c.c.*, art. 21 et *L.f.i.*, art. 97(3)).

[37] Ici, les parties admettent que la réclamation de l'Agence, fondée sur les cotisations, constitue une dette pré, susceptible de compensation.

[38] Quant au remboursement de 1,7 M\$ réclamé par Kitco, c'est une dette post, également susceptible de compensation selon l'Agence qui plaide que « La compensation d'une réclamation avec une dette née pendant le *statu quo* est permise », « Pendant le *statu quo* » c'est-à-dire née pendant la période depuis l'Ouverture et tant que dure la suspension des recours des créanciers ordonnée par le Tribunal.

[39] Elle écrit encore que si sa réclamation doit être « pré » pour que la compensation s'opère, il n'en est pas de même de sa dette à l'égard de sa débitrice qui peut être « post ». Elle écrit :

Certes, la réclamation compensée doit être en lien avec une créance ou un engagement auquel la débitrice devait être assujettie avant l'institution de procédures d'insolvabilité. Toutefois, cette dernière peut être compensée à l'encontre de « toute action intentée par la débitrice en vue du recouvrement de ses créances » sans égard au moment où les droits sous-jacents ont pu prendre naissance.

[40] C'est un fait qu'au jour de l'Ouverture, Kitco n'a aucun droit au remboursement réclamé. Ce droit lui vient de la continuation de son entreprise et des taxes qu'elle paye à ses fournisseurs sur les intrants de son exploitation depuis l'Ouverture. Le remboursement constitue bien une dette post.

[41] Il sera nécessaire de revenir sur cette distinction entre dettes pré et post en étudiant la jurisprudence car il s'y trouve une certaine confusion.

B) La compensation versus la restructuration des entreprises

[42] L'Agence soumet une interprétation de l'article 21 qui s'attache au texte, laquelle n'est pas dénuée de sens. Comme « les règles de la compensation s'appliquent [...] à toutes les actions intentées par [la compagnie débitrice] en vue du recouvrement de ses créances... », l'Agence peut invoquer la compensation en défense à l'action de Kitco en remboursement des taxes de 1,7 M\$.

[43] À mon avis, cette interprétation littérale va à l'encontre de l'objectif primordial de la *L.a.c.c.*, la restructuration des grandes entreprises en difficulté pour en assurer la survie, en faisant échec à la période de *statu quo* voulue par la loi, pendant laquelle l'entreprise peut élaborer un plan d'aménagement à soumettre à ses créanciers. La Cour suprême écrit dans *Century*⁵ :

[Références omises]

- Sur la nécessité du *statu quo* :

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d'abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation. Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le *statu quo* pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers

⁵ *Century Services inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379.

et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira [...]

- Sur l'importance de la survie des entreprises :

[60] [suite] Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable [...] En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée [...]

[44] L'objectif de restructuration est si important que la *L.a.c.c.* permet même à la débitrice d'emprunter en créant sur ses biens une garantie qui prime sur toutes les sûretés existantes.

[45] Pour expliquer en quoi l'interprétation littérale de l'article 21 fait échec à l'objectif de restructuration, j'emprunte aux auteurs Anderson, Gelbman et Pullen, « Recent Developments in the Law of Set-off »⁶ où ils s'interrogent « whether set-off is available in the CCAA context as between pre-filing debts and post-filing debts. »

[46] Les auteurs y analysent la décision *Re Air Canada*⁷, invoquée par l'Agence, qui entrouvre la porte, à tort selon eux, à la compensation de dettes pré et post. Ils élaborent « the following typical scenario »⁸ :

- A and B are in a trading relationship, and each month either party could be a net payor;
- A becomes insolvent and seeks court protection pursuant to the CCAA;
- As of the filing date, A owes B a pre-filing debt;
- A and B continue commercial relations in the ordinary course post-filing; and
- Post-filing, B becomes a net payor and purports to set off the amount it owes to A against the pre-filing amounts owed by A to B, potentially until the entire pre-filing debt is extinguished.

⁶ Robert Anderson, Thomas Gelbman et Benjamin Pullen, « Recent developments in the law of set-off », (2009) *Ann. Rev. Insol.* 1, p. 22.

⁷ *Re Air Canada* (2003), 2003 CarswellOnt 4016, 45 C.B.R. (4th) 13 (Ont. S.C.J.) [Commercial list].

⁸ *Supra*, note 6, p. 23.

If *Air Canada* stands, it would appear that a set-off would be allowed in the scenario. However, the mischief created by such a set-off is clear; it creates an incentive for a creditor with a pre-filing claim to procure goods or services from the debtor company in the post-filing period and withhold payment for such goods or services to retire the pre-filing debt. At the same time, it creates a disincentive for the debtor company to continue to do business with its suppliers or customers to avoid having to “work off” the pre-filing debt, an action which, depending on the amounts involved, could dissipate significant assets and jeopardize a successful restructuring.

[47] Ce scénario correspond à la situation présente où l’Agence se retrouve avec une dette post, des taxes à rembourser, qu’elle impute contre les cotisations, une dette pré. Une dette post de l’ordre de 15 % du chiffre d’affaires de Kitco, de sorte que, si le *statu quo* perdure – ce qui est à craindre – l’imputation se continuera « until the entire pre-filing debt is extinguished ».

[48] Comment Kitco peut-elle maintenir son exploitation si, comme ses concurrentes, elle paye 15 % de taxes sur ses intrants mais que, contrairement à celles-ci, elle n’en perçoit pas le remboursement? C’est une situation insoutenable. Les auteurs écrivent⁹ :

If a debtor company provides goods or services and receives no payment in return, the restructuring process will be rendered impossible. This result is especially true if multiple creditors are involved. It is difficult to imagine that the legislators of the day intended that result.

[49] Les auteurs citent les sommités du droit de l’insolvabilité, *Houlden, Morawetz et Sarra*, qui concluent de la même manière¹⁰ :

It is customary in a proposal to provide that creditors dealing with the debtor after the filing of a notice of intention or a proposal shall have no right of set-off. This is done to prevent creditors from purchasing goods from the debtor and claiming a right of set-off against the amount owing to them by the debtor. Even if such a term is not contained in a proposal, it would appear that there is no right of set-off, since if such were allowed it would be a fraud on the bankruptcy law. [...]

If set-off were allowed, it would make it difficult, if not impossible, for a trading company to make a successful proposal.

[50] La juste interprétation de l’article 21 doit se concilier avec l’objectif de restructuration.

⁹ *Supra*, note 6, p. 29.

¹⁰ L.W. Houlden, G.B. Morawetz & J.P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed. Rev., vol. 3, looseleaf (Toronto : Carswell, 2009) at. E 64.

C) La compensation versus le traitement des créanciers ordinaires sur un pied d'égalité

[51] En introduction à cette section, il est opportun de s'arrêter aux liens étroits entre la *L.a.c.c.* et la *L.f.i.*, qui font en sorte que les enseignements de la jurisprudence et les avis des auteurs sont transposables de l'une à l'autre.

[52] Ces lois établissent deux régimes intégrés dans le même ensemble du droit de l'insolvabilité, comme l'enseigne la Cour suprême¹¹ :

[78] À mon avis, le juge d'appel Tysoe a donc commis une erreur en considérant la LACC et la LFI comme des régimes distincts, séparés par un hiatus temporel, plutôt que comme deux lois faisant partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité. La décision du législateur de conserver deux régimes législatifs en matière de réorganisation, la LFI et la LACC, reflète le fait bien réel que des réorganisations de complexité différente requièrent des mécanismes légaux différents. [...]

[53] « Deux régimes législatifs en matière de réorganisation », le premier, celui de toute la procédure selon la *L.a.c.c.* en vue d'un arrangement et le second, celui des « Propositions concordataires » selon la Partie III de la *L.f.i.*, en vue d'un concordat. Arrangement ou concordat, c'est-à-dire un contrat avec les créanciers pour effacer le passé déficitaire et permettre la relance de l'entreprise.

[54] Les deux régimes édictent une procédure collective qui assure le maintien du *statu quo* par la suspension des recours individuels des créanciers pour le temps nécessaire à préparer un plan de restructuration à leur soumettre en vue d'un arrangement ou d'un concordat.

[55] Dans *Century*¹², la Cour suprême rétablit la décision de première instance qui « permet une transition harmonieuse » entre les deux lois afin d'assurer « une seule procédure collective » en matière d'insolvabilité. Elle écrit :

[77] La LACC établit les conditions qui permettent de préserver le *statu quo* pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde. Étant donné que, souvent, la seule autre solution est la faillite, les participants évaluent l'impact d'une réorganisation en regard de la situation qui serait la leur en cas de liquidation. En l'espèce, l'ordonnance favorisait une transition harmonieuse entre la réorganisation et la liquidation, tout en répondant à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure collective.

¹¹ *Supra*, note 5.

¹² *Supra*, note 5.

[56] Deux régimes, l'un qui vise les PME, celui de la *L.f.i.*, et l'autre, les grandes entreprises, celui de la *L.a.c.c.* Comme les propositions des premières sont nombreuses et ont plus en commun, la *L.f.i.* édicte plusieurs normes pour les traiter. Dans les cas de grandes entreprises en difficulté, heureusement plus rares, chaque situation est particulière, d'où la plus grande latitude accordée par la *L.a.c.c.* pour un traitement sur mesure.

[57] Les deux régimes sont intégrés, comme le démontrent leurs nombreuses dispositions concordantes. On a déjà vu les règles de la compensation, la définition des réclamations prouvables et leur traitement, la suspension des recours des créanciers qui commence en vertu de l'une et se continue en vertu de l'autre.

[58] Quant à la compensation, précisons que l'article 97 (3) *L.f.i.*, qui l'édicte en cas de faillite, s'applique aussi aux propositions concordataires par l'article 66 (1)¹³ de cette même loi.

[59] On peut ajouter à ces dispositions celle de la notion de créancier garanti qui couvre d'abord une même réalité : « hypothèque, charge, gage ou privilège contre l'ensemble ou une partie des biens » d'une personne insolvable. (Voir les « définitions » à l'article 2 de chacune des lois.)

[60] L'Agence elle-même souligne ces liens étroits en employant à plusieurs reprises l'expression « le plan ou la proposition ». Par exemple, en rappelant l'objectif commun des deux régimes, elle écrit :

En matière de LACC ou de proposition, une suspension des procédures est établie afin de permettre à la débitrice de se restructurer et de présenter une proposition ou un plan à ses créanciers.*

* Art. 11.2 LACC et 69, 69.1 LFI.

[61] Cette concordance établie, voyons l'enseignement de la Cour suprême relatif à la règle de la compensation en matière d'insolvabilité. Dans *DIMS Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*¹⁴, elle écrit :

¹³ *L.f.i.*, art. 66 (1) Toutes les dispositions de la présente loi, sauf la section II de la présente partie [Proposition de consommateur], dans la mesure où elles sont applicables, s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux propositions faites aux termes de la présente section.

66 (1) All the provisions of this Act, except Division II of this Part, in so far as they are applicable, apply [...], with such modifications as the circumstances require, to proposals made under this Division.

¹⁴ 2005 CSC 52, [2005] 2 RCS 564.

[55] [...] Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. [...]

[56] [...] Les principes généraux de la LFI s'opposent à toute opération qui aurait pour effet d'accorder une garantie qui n'existait pas avant la faillite. [...]

[62] Le traitement des créanciers sur un pied d'égalité, sous réserve des priorités édictées par la loi, est un principe reconnu du droit de l'insolvabilité.

[63] L'Agence soumet toutefois qu'elle bénéficie d'une priorité par l'effet de la compensation. Elle écrit :

La Cour suprême a reconnu, dans l'affaire *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*¹⁵ [*Husky Oil*], que la compensation entraîne une forme de priorité permise en contexte d'insolvabilité. Le législateur fédéral autorise donc la partie qui l'invoque à modifier l'ordre de priorité établi.

¹⁵ [1995] 3 RCS 453, paragr. 60-61.

[64] Allons un peu plus loin dans cet arrêt *Husky* :

[Je souligne]

[57] Dans le contexte de la faillite, un droit à la compensation a nécessairement pour effet de garantir la réclamation de la partie qui invoque la compensation sur les biens de l'actif du failli. [...]

[...]

[59] Du fait qu'elle crée une sorte de garantie sur l'actif de la faillite, l'application de la compensation en matière de faillite a été critiquée par la doctrine: [...]

[60] [...] Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent donc au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. En conséquence, dans ce sens restreint, le législateur fédéral autorise la partie qui invoque la compensation à «modifier» l'ordre de priorité qu'il a établi en matière de faillite, en raison de l'application des règles de la compensation.

[65] En droit civil, cette « priorité » créée par la compensation est difficile à saisir du fait que la compensation « s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes... » (C.c.Q., art. 1673), de façon automatique en quelque sorte. C'est plus facile en common law où il n'y a pas d'automatisme et où les deux dettes ont une existence autonome et survivent en parallèle lors d'une faillite.

[66] En droit civil, au jour d'Ouverture, la compensation s'opère et un solde en résulte en faveur du créancier ou de la débitrice si les deux dettes sont liquides et exigibles. Elle s'opérera aussi si la dette n'était pas exigible puisque « le débiteur perd le bénéfice du terme s'il devient insolvable » (C.c.Q., art. 1514). Enfin, s'il faut une liquidation judiciaire (C.c.Q., art. 1672), le calcul du solde se fera rétroactivement au jour d'Ouverture, où les réclamations doivent être établies.

[67] En common law, les deux dettes demeurent après l'Ouverture. Par l'effet de la scission de l'actif et du passif du failli, le créancier conserve donc une réclamation prouvable pour la totalité de sa créance, mais en contrepartie, il doit payer le total de sa dette au syndic. Ce résultat « choquant » est heureusement écarté par le fait que les deux régimes d'insolvabilité permettent la compensation.

[68] Dans ce contexte de common law, on peut voir dans la compensation une forme de garantie prioritaire. Le créancier y possède une garantie qui ne porte toutefois que sur un seul des biens de la débitrice dévolus au syndic, soit la créance de celle-ci contre ce créancier lui-même. Mais une fois cette garantie réalisée, en réduisant sa réclamation du montant de cette créance, le créancier devient un créancier ordinaire pour le solde, sans garantie aucune sur tous les autres biens de la débitrice.

[69] Dans cette optique, qu'en est-il de la créance de l'Agence par rapport aux biens de Kitco?

[70] Au jour d'Ouverture, l'Agence était créancière de Kitco pour les cotisations et elle lui devait un certain remboursement de taxes pour des opérations antérieures (et non celui de 1,7 M\$ pour les opérations postérieures à l'Ouverture). La compensation s'est opérée. L'Agence a réduit ses cotisations du montant de ce remboursement, qu'elle n'a donc pas versé à Kitco, réalisant alors sa garantie sur ce bien de Kitco, sa créance pour un remboursement. Une fois sa garantie ainsi réalisée par la compensation, elle ne possède plus aucune garantie sur les autres biens de Kitco, laquelle peut les conserver pour maintenir son exploitation et mettre en œuvre sa restructuration.

[71] Lorsque l'Agence revient par la suite pour opérer une nouvelle compensation pour 1,7 M\$, force est de constater qu'elle prétend alors exercer une garantie sur ces autres biens de Kitco et ainsi s'octroyer une priorité au détriment des autres créanciers ordinaires, une opération que la loi prohibe, comme le rappelle la Cour suprême dans le passage déjà cité de l'arrêt *DIMS* :

[56] [...] Les principes généraux de la LFI s'opposent à toute opération qui aurait pour effet d'accorder une garantie qui n'existait pas avant la faillite. [...]

[72] L'Agence soumet encore que la jurisprudence permet la compensation des dettes pré et post. Je ne reviens pas sur l'affaire *Air Canada* critiquée par la doctrine.

[73] Selon l'Agence, la règle de compensation en matière de faillite doit recevoir une interprétation large. Elle écrit :

...depuis l'affaire *DIMS Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)* [DIMS], il est établi que la compensation en équité n'est plus applicable au Québec.

C'est ce qui a amené cette Cour, dans l'affaire *Daltech Architectural inc. (Syndic de)* [Daltech], à conclure que la compensation légale du CCQ doit recevoir une interprétation large : [...]

La compensation de créances connexes qui ne sont pas nécessairement certaines, liquides ou exigibles en date de l'institution des procédures d'insolvabilité est donc permise en droit civil québécois; ce droit a d'ailleurs été réitéré par cette Cour dans l'affaire *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc.*^[15] [...]

[Renvois omis]

[74] Jusque-là ça va. Mais ça ne va plus quand l'Agence ajoute à la fin du dernier paragraphe cité :

Sur cet aspect, la première juge n'a pas tenu compte d'aucun des arrêts précités, elle a erré.

[75] Selon l'Agence, l'« interprétation large » de la jurisprudence aurait amené la Cour, dans cette affaire *Dolbec*, à permettre la compensation des dettes pré et post. Ce n'est pas le cas.

[76] Dans *Dolbec*, la Cour retient que les deux dettes qui font l'objet de compensation sont pré Ouverture. On y lit :

[37] C'est pourquoi, si, à la suite de l'homologation par le tribunal et le paiement d'un dividende, la CSST était liée par la proposition et ne pouvait plus, selon les dispositions de l'article 62(2) L.F.I., réclamer le solde de sa créance, la Cour est toutefois d'avis qu'elle pouvait toujours, en défense à l'action de Dolbec, se prévaloir des dispositions de l'article 97(3) L.F.I. et opposer le solde de cette créance en compensation, puisque rien dans la proposition concordataire ne s'y oppose et que ces créances sont connexes et ont toutes deux pris naissance avant le dépôt par Dolbec de l'avis de son intention de faire une proposition selon les dispositions de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité.

¹⁵ *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc.*, 2012 QCCA 698.

[77] L'erreur provient du fait que les dettes pré incluent celles nées après l'Ouverture lorsqu'elles résultent d'une obligation antérieure à celle-ci. Seule la dette née après l'Ouverture et résultant d'une obligation elle-même née après l'Ouverture constitue une dette post, comme le remboursement de taxes de 1,7 M\$ réclamé après l'Ouverture et résultant des opérations de l'entreprise conduites depuis lors.

[78] Certes, une obligation peut être incertaine, non liquidée ou non exigible au jour d'Ouverture, mais elle existe et elle donnera lieu à une réclamation si elle devient « réputée prouvée » par décision du tribunal tel que prévu aux articles 121(1) et (2) qui renvoient à 135 (1.1) et (4) de la *L.f.i.*

Art. 121 (1)

Réclamations prouvables

121 (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

Décision

(2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l'article 135.

135 [...]

Réclamations éventuelles et non liquidées

(1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l'évalue; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de

Art. 121 (1)

Claims provable

121 (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Contingent and unliquidated claims

(2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

135 [...]

Determination of provable claims

(1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

l'évaluation.

[...]

Effet de la décision

(4) La décision et le rejet sont définitifs et péremptoires, à moins que, dans les trente jours suivant la signification de l'avis, ou dans tel autre délai que le tribunal peut accorder, sur demande présentée dans les mêmes trente jours, le destinataire de l'avis n'interjette appel devant le tribunal, conformément aux Règles générales, de la décision du syndic.

[...]

Determination or disallowance final and conclusive

(4) A determination under subsection (1.1) or a disallowance referred to in subsection (2) is final and conclusive unless, within a thirty day period after the service of the notice referred to in subsection (3) or such further time as the court may on application made within that period allow, the person to whom the notice was provided appeals from the trustee's decision to the court in accordance with the General Rules.

[79] Même si la décision du tribunal survient bien après le jour d'Ouverture, elle n'en constitue pas moins, dès ce jour, une « réclamation prouvable », susceptible de compensation.

[80] Dans *Daltech*¹⁶ également, la Cour réitère que les obligations mutuelles, sources de dettes à compenser, doivent exister au jour d'Ouverture. On y lit :

[58] La juge Deschamps, dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic) c. Québec (Procureur général)*, est d'avis que l'art. 97(3) *L.F.I.* « [...] requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite ». En l'espèce, à l'instar du juge de première instance, je suis d'opinion que la compensation s'applique puisqu'avant la faillite, la faillie détenait une créance contre l'intimée, illustrée par le droit de rétention prévu au Contrat. Les deux parties étaient, en effet, au moment de la faillite, mutuellement créancière et débitrice.

[81] Ce n'est pas de savoir si une dette existe, si elle est liquide et exigible ou connexe à une autre qui importe, c'est de déterminer si elle constitue une réclamation prouvable dûment prouvée ou « réputée prouvée » pour que la compensation s'opère.

[82] À mon avis, les articles 21 *L.a.c.c.* et 97 (3) *L.f.i.* qui édictent que « les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations... », précisent par là le moment où la compensation s'opère, soit au moment où doivent être établies les réclamations; c'est au jour d'Ouverture que s'établit la réciprocité temporelle.

¹⁶ *Daltech Architectural inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 2441.

[83] Ainsi, le créancier établit sa réclamation au jour d'Ouverture, dont il soustrait sa propre dette à la débitrice. Si le solde est en sa faveur, il constitue sa réclamation prouvable, sinon, si le solde est en faveur de la débitrice, elle sera en droit de lui réclamer le solde, mais pas plus.

[84] La Juge fonde aussi son jugement sur le principe de l'égalité des créanciers, auquel la compensation ne permet pas de déroger. Elle écrit :

[102] Suivant ces considérations et ce raisonnement, la Cour suprême a spécifiquement énoncé dans *D.I.M.S.* que l'article 97(3) LFI, qui permet le recours à la compensation dans un contexte de faillite, requiert implicitement que les créances mutuelles aient pris naissance avant la faillite.

[55] Peu d'auteurs se sont intéressés à l'effet de la subrogation en matière de faillite et le bijuridisme canadien ne permet pas d'importer les règles de la common law. [...] Le paragraphe 97(3) LFI ne prévoit pas qu'une créance puisse être transférée d'un créancier à l'autre de façon à autoriser une compensation qui n'aurait pas autrement pu être invoquée. Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. [...]

[85] Je fais la même lecture de l'arrêt *DIMS* où on lit encore :

[40] [...]

Ainsi, le créancier qui veut opposer compensation doit être en mesure de prouver une créance à laquelle le failli était assujéti en raison d'une obligation contractée antérieurement à la faillite.

[...]

[55] [...] [L'article 97 (3) *L.f.i.*] doit donc être interprété en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 LFI et requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite.

[86] La Juge ajoute encore dans la même optique :

[103] La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs suivi cette règle dans plusieurs arrêts⁶³.

[104] Conformément à cette règle, et dans un contexte similaire au présent litige, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé en 2004⁶⁴ que Revenu Canada ne peut imputer les remboursements dus à la débitrice pour surplus de taxes payés

après proposition au paiement d'une dette que la débitrice a envers Revenu Canada pour des taxes impayées avant la proposition.

[105] Vu la très grande similarité des articles 97(3) LIF et 21 LACC et le fait que ces deux lois font partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité⁶⁵, cette conclusion s'applique tout autant à la compensation à opérer dans le cadre d'une restructuration. Il n'y a pas lieu de distinguer entre le mécanisme de la compensation dans le contexte d'une faillite ou d'une proposition et dans le contexte d'un arrangement.

⁶³ *CSST c. Dolbec Transport inc.*, 2012 QCCA 698, par. 37; *Daltech Architectural Inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 2441, par. 58, 61; *2945-2802 Québec c. Ville de St-Léonard*, J.E. 98-2341, par. 22, 23, 25 (C.A.).

⁶⁴ *Re Jones*, (2004) 45 C.B.R. (4th) 263, par. 19.

⁶⁵ *Century Services inc. c. Canada (P.G.)*, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 15, 22 - 24, 78.

[87] Quant aux arrêts antérieurs à *DIMS*, leur poids est moindre depuis lors.

[88] Bref, l'interprétation de l'article 21 *L.a.c.c.* selon la jurisprudence ne va pas dans le sens que souhaiterait l'Agence.

D) Le défaut éventuel de Kitco de présenter un plan d'arrangement

[89] L'Agence fonde ce moyen additionnel sur une hypothèse alternative, selon que la procédure engagée se termine avec ou sans arrangement. Elle écrit :

En cas d'approbation du plan ou de la proposition, un nouveau contrat lie les créanciers. Il s'agit de la date butoir à compter de laquelle la compensation d'une créance antérieure avec une créance postérieure à l'institution des procédures d'insolvabilité doit cesser, à moins que les parties n'en aient convenu autrement⁶¹. Si le plan ou la proposition ne sont pas approuvés, il y aura faillite en matière de proposition ou levée de la suspension et possiblement faillite en contexte d'arrangement, et c'est à ce moment que surviendra la date butoir. Toute compensation qui aura alors été effectuée sera de la compensation visant des créances antérieures à la faillite.

⁶¹ Soulignons que la compensation de dettes antérieures à l'institution des procédures pourra être exercée en tout temps, même après l'homologation de la proposition – *Dolbec*, précité note 21.

[90] Par cette note de bas de page, l'Agence reconnaît, avec raison, que la compensation peut s'opérer même après la mise en place d'un arrangement.

[91] L'arrangement ne modifie pas l'application de la compensation. Il lie tout créancier qui a une réclamation prouvable (*L.f.i.*, art. 2) au jour d'Ouverture, laquelle est déjà réduite de sa propre dette à la débitrice ou laquelle constituera un motif de défense

à une action de la débitrice, même postérieure à l'arrangement conclu. C'est l'arrêt *Dolbec*.

[92] Cette possibilité d'un éventuel arrangement n'aide pas pour l'interprétation de l'article 21 *L.a.c.c.* et pour déterminer comment l'appliquer durant la période actuelle du *statu quo*.

[93] L'Agence considère plus probable la possibilité du défaut de Kitco. Elle écrit :

Soulignons que Kitco n'a pas déposé de plan et n'a vraisemblablement pas l'intention d'en déposer un, du moins pas avant que le litige fiscal ne soit réglé. Conséquemment, le seul objectif de la protection de la LACC est de stopper les recours des autorités fiscales.

[94] Cette hypothèse d'un échec de la procédure qui prendrait fin sans arrangement ne nous aide pas non plus à y voir clair. L'Agence utilise alors un futur antérieur qui implique une rétroactivité :

Toute compensation qui aura alors été effectuée sera de la compensation visant des créances antérieures à la faillite.

[95] Certes, si les cotisations sont confirmées, on peut prévoir un échec de la procédure en cours selon la *L.a.c.c.* et la mise en faillite de Kitco dans les jours suivants. Les réclamations prouvables dans cette faillite seront établies « à la date à laquelle [le failli] devient failli » (*L.f.i.*, art. 121(1)). La réclamation actuelle de l'Agence, arrêtée au 8 juin, deviendra caduque et sa nouvelle réclamation s'arrêtera cette fois à la date de cette mise en faillite.

[96] Et la compensation jouera de nouveau (*L.f.i.*, art. 97 (3)) en tenant compte de toutes les dettes réciproques jusqu'à cette nouvelle date. Il est vrai qu'à ce jour futur, l'Agence aurait alors le droit de compenser contre ses cotisations les remboursements de taxes dus à Kitco, dont celui réclamé de 1,7 M\$, s'il n'est pas encore payé à cette époque.

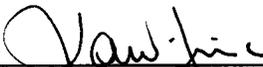
[97] Mais je ne vois pas en quoi cette nouvelle application de la compensation à l'occasion d'une nouvelle procédure de faillite, hypothétique, viendrait modifier les règles de la compensation applicables aujourd'hui pendant le *statu quo*.

[98] En somme, l'Agence aura peut-être droit éventuellement à la compensation d'une dette post Ouverture de la procédure actuelle selon la *L.a.c.c.* si celle-ci a pris fin sans arrangement, mais elle ne peut invoquer ce droit futur pour fonder un droit actuel à la compensation.

[99] Ce moyen d'appel additionnel est mal fondé.

[100] En conclusion, la Juge a tranché avec raison que la compensation n'est pas permise entre des dettes pré et post.

[101] Pour ces motifs, je suis d'avis que la Cour rejette les appels avec les frais de justice en faveur de l'intimée (Kitco), des mises en cause (Richter Groupe conseil inc. et Heraeus Metals New York LLC), mais sans frais contre l'intervenante (ACPIR).



PAUL VEZINA, J.C.A.