

DE LA VENTE D'ENTREPRISE ET DES RAISONS AYANT JUSTIFIÉ L'ABROGATION DES DISPOSITIONS DU CODE S'Y RAPPORTANT

Charlaine BOUCHARD

Volume 104, numéro 2, septembre 2002

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1046007ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1046007ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BOUCHARD, C. (2002). DE LA VENTE D'ENTREPRISE ET DES RAISONS AYANT JUSTIFIÉ L'ABROGATION DES DISPOSITIONS DU CODE S'Y RAPPORTANT. *Revue du notariat*, 104(2), 277–322. <https://doi.org/10.7202/1046007ar>

**DE LA VENTE D'ENTREPRISE ET DES
RAISONS AYANT JUSTIFIÉ L'ABROGATION
DES DISPOSITIONS DU CODE S'Y RAPPORTANT**

Charlaine BOUCHARD*

Cette étude n'aurait pas été aussi riche si je n'avais pu bénéficier de l'analyse préliminaire de M^e Nicole Poulin, notaire à la Direction du développement de la profession, Chambre des notaires du Québec. Plusieurs exemples pratiques ont été empruntés à son texte et je tiens à la remercier chaleureusement.

Le notaire Jean-François Delage a par ailleurs accepté de commenter une version préliminaire de ce texte. Son regard critique de praticien a enrichi mon œil de théoricien. Je lui témoigne toute ma reconnaissance.

* Notaire et professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

NOTICE

L'étude sur laquelle est basé le présent texte a été réalisée pour le compte de la Chambre des notaires du Québec. En septembre 2001, elle a été présentée officiellement au ministre de la Justice Paul Bégin. Le 13 juin 2002, le ministre de la Justice a donné suite aux recommandations de la Chambre des notaires en adoptant le Projet de loi 50, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*¹, qui abroge les articles 1764 et 1767-1778 du *Code civil du Québec*.

Charlaine Bouchard, juin 2002

1 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 19.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. L'ANALYSE CRITIQUE DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

- A. Le champ d'application des dispositions : l'article 1767 C.c.Q. ou la difficulté d'identifier les transactions visées
 - a. Le passage du fonds de commerce à l'entreprise
 - i. L'activité économique organisée
 - ii. La partie substantielle d'une entreprise
 - iii. L'entreprise immobilière
 - b. Le passage du transport à la vente
- B. Les obligations de l'acheteur
 - a. L'obligation générale de protection : la déclaration sous serment
 - i. La dénonciation de « tous » les créanciers du vendeur
 - ii. Le moment de la confection de la déclaration
 - iii. Les créances à échoir
 - b. Les obligations spéciales en cas d'insuffisance du prix de vente
 - i. La participation limitée des créanciers hypothécaires
 - ii. La distribution du prix de vente

2. LA VENTE D'ENTREPRISE DANS LES AUTRES PROVINCES DU CANADA ET AUX ÉTATS-UNIS

- A. Les provinces canadiennes et les États américains régis par une législation particulière sur la vente d'entreprise
- B. Les provinces canadiennes et les États américains ayant opté pour l'abandon d'une législation sur la vente d'entreprise

3. LA PROTECTION DES CRÉANCIERS DANS LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

- A. L'historique de la législation sur la vente d'entreprise
- B. Le nouveau contexte économique et juridique

CONCLUSION

INTRODUCTION

La législation sur la vente d'entreprise impose à l'acquéreur d'une entreprise l'obligation d'obtenir une déclaration assermentée comportant une liste de tous les créanciers du vendeur pour distribution du prix de vente entre eux. Si l'acquéreur ne se conforme pas à cette prescription — et qu'il ne peut se prévaloir de l'une ou l'autre des exceptions² — la vente est réputée frauduleuse et, par conséquent, inopposable aux créanciers du vendeur. Ces mesures sont exorbitantes du droit commun en ce qu'elles contraignent l'acquéreur à prendre des dispositions pour la protection du gage des créanciers du vendeur, alors même que le vendeur est solvable.

Cette mécanique n'est pas nouvelle. Elle date de 1910, période avant laquelle les créanciers impayés devaient s'en remettre à l'action paulienne pour faire valoir leurs droits. Les conditions exigées pour enclencher le mécanisme paulien n'avaient rien pour simplifier la tâche des créanciers, car l'exercice de l'action était subordonné à la preuve de l'intention de frauder. C'est donc avec l'idée de protéger ces créanciers que le législateur adopta les articles 1569a C.c.B.C. et suivants relatifs à la vente en bloc. Il est important de souligner que, dans la première version de la loi, l'obligation de déclaration s'appliquait seulement aux « fournisseurs non encore payés ». L'article 1569b C.c.B.C. fut modifié en 1914³ et l'appellation remplacée par « tous les créanciers du vendeur ». D'où les difficultés qui perdurent depuis ce temps.

En effet, sous le C.c.B.C., de nombreux problèmes d'application des dispositions sur la vente en bloc ont été relevés par la jurisprudence et la doctrine. La refonte du *Code civil du Québec* apparaissait le moment approprié pour vérifier si ces mesures, adoptées au début du siècle, correspondaient encore à des objectifs commerciaux utiles. Le texte du *Code civil du Québec* en aura ainsi surpris plus d'un, par l'élargissement du champ d'application des dispositions et l'alourdissement des formalités.

2 C.c.Q., art. 1778.

3 *Loi amendant le Code civil relativement aux ventes de marchandises bloc*, 4 Géo. V, c. 63, a. 1.

Depuis 1994, la critique⁴ des articles 1767 à 1778 C.c.Q. a été vive et tous s'entendent sur l'impératif, soit d'assouplir ces règles, soit encore de les éliminer purement et simplement du *Code civil du Québec*.

Il s'agira ainsi d'illustrer, dans une première partie, les principales difficultés soulevées par les dispositions sur la vente d'entreprise (1.). La deuxième partie permettra de jeter un regard sur les choix effectués dans les autres provinces canadiennes et les états américains (2.). Enfin, dans un troisième temps, il conviendra de mesurer la protection réelle offerte aux créanciers par le *Code civil du Québec* (3.).

1. L'ANALYSE CRITIQUE DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

Les principaux problèmes en matière de vente d'entreprise résultent tant du champ d'application des dispositions (A.), que des mécanismes même de protection qui reposent sur des obligations incombant à l'acheteur (B.).

A. Le champ d'application des dispositions : l'article 1767 C.c.Q. ou la difficulté d'identifier les transactions visées

La protection des créanciers du vendeur constitue la finalité des dispositions sur la vente d'entreprise. Pour ce faire, le législateur a modifié substantiellement le droit antérieur. L'adoption du concept d'entreprise, comme critère de distinction des actes privés, élargit considérablement le champ d'application de la loi (a.). Par contre, en ce qui a trait à la nature des transactions visées par les dispositions, l'emploi exclusif du terme « vente » constitue un resserrement par rapport au droit antérieur (b.).

4 Pierre J. DALPHOND, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois », (1994) 54 *R. du B.* 35; Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997; Yvan DESJARDINS, « La vente d'entreprise : une entreprise ardue », (1995) 97 *R. du N.* 399; Jean MORIN et Brigitte ROY, « La vente d'entreprise, tout un contrat ! », (1996) 2 *C.P. du N.* 165; Guy LEFEBVRE, « L'application des dispositions de la vente d'entreprise à la contrepartie en actions : une aventure périlleuse », (1997) 38 *C. de D.* 713.

a. Le passage du fonds de commerce à l'entreprise

Le C.c.B.C. destinait les dispositions sur la vente en bloc au seul fonds de commerce ou marchandises du vendeur. La jurisprudence avait ainsi refusé d'appliquer les règles de la vente en bloc à l'outillage et à l'équipement⁵ et, jusqu'au milieu des années soixante-dix, les immeubles⁶ étaient exclus de la commercialité.

Le *Code civil du Québec* a remplacé ces notions désuètes par le concept d'entreprise et, depuis 1994, non seulement l'entreprise commerciale mais aussi l'entreprise libérale, artisanale et agricole se voient assujetties aux dispositions. Il en va de même de l'outillage, du matériel, de la marchandise, du mobilier, des équipements et des éléments d'actifs incorporels qui, dans la mesure où ils pourront se qualifier de « partie substantielle », seront visés par les règles.

Il faut éviter de confondre l'entreprise et son fonds. L'entreprise est une entité incorporelle, composée de l'ensemble des moyens humains et matériels, rassemblés et organisés par le chef d'entreprise en vue d'objectifs économiques précis. Le fonds de l'entreprise en constitue simplement le patrimoine. Les dispositions sur la vente d'entreprise ne s'appliquent donc pas, comme sous l'ancien Code, à la vente des biens qui composent l'entreprise, mais plutôt à la vente de l'activité économique organisée. Les difficultés d'application sont nombreuses.

i. L'activité économique organisée⁷

Exploiter une entreprise au sens du *Code civil du Québec* est défini comme « l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée⁸ ». La traduction juridique d'un concept avant tout économique n'est pas chose simple. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence ont pu établir

5 *Charette c. Damphousse*, (1924) 37 B.R. 315.

6 *Colonia Development c. Belliveau*, [1965] B.R. 161; *Kenscol Properties Ltd. c. Security Real Estate Co. Inc.*, C.A. Montréal, n° 09-001-035-740, 23 septembre 1976; *Therrien & Fils Ltée c. Lefebvre* [1977] C.A. 212; *Entreprises Pabi Inc. c. Cassulo et Copeman Inc.*, [1977] C.A. 522.

7 Pour une analyse approfondie de cette question, Nabil N. ANTAKI et Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, T. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 208 s.

8 C.c.Q., art. 1525 al. 3.

que la présence de certaines conditions étaient nécessaires pour conclure à l'existence d'une entreprise⁹. Toutefois, bien que ces critères puissent servir de guide lors de la détermination de l'existence d'une entreprise, ils engendrent du même coup leur lot d'incertitudes et de questionnements. Il appartient ainsi aux parties et à leurs conseillers de décider, à l'aide de ces éléments, s'ils sont ou non en présence d'une entreprise soumise aux dispositions du *Code civil du Québec*. La qualification est très souvent incertaine et en cela les quelques décisions¹⁰ rendues depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* sont trop peu nombreuses pour permettre de dresser un tableau précis de la situation. Le problème de la qualification en est un d'envergure puisque chaque cas se différencie de l'autre.

Par exemple, comment peut-on qualifier l'entité qui n'est plus exploitée et dont les actifs ne sont plus utilisés dans le cadre d'une « activité économique organisée » ? Qu'en est-il de la vente des équipements d'un restaurant fermé depuis plusieurs mois, ou alors de celle d'un terrain, des réservoirs souterrains et de la bâtisse où a déjà été exploitée une station service ? Les ventes à des personnes distinctes des équipements d'un petit commerce (marchandises, étalage, caisses enregistreuses, comptoirs, etc.) à des fins de fermeture constituent-elles, chacune, des ventes d'entreprise ? À noter que pour

9 Des actes juridiques répétés; la poursuite d'un objectif économique préétabli; un plan directeur; une activité économique organisée; la présence de clients, d'un marché et d'un achalandage; un lien proportionnel entre l'effort et les résultats; une certaine forme d'organisation, soit un lien entre les facteurs humains et les facteurs ou moyens matériels : Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997, p. 143 s.; Pierre J. DALPHOND, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois », (1994) 54 *R. du B.* 35, 43 s.; Nabil N. ANTAKI et Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, T. I, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 208 s.

10 *Québec (sous-ministre du Revenu) c. Lasalle*, C.É. Québec, n° 200-02-008493-936, 26 juin 1997, 13 p., juge B. Gagnon; *Girard c. L'Association des courtiers d'assurance de la province de Québec*, [1997] R.J.É. 206 (C.É.); *Gibbons c. Wawanesa*, [1998] R.J.É. 2007 (C.A.); *Fincander Inc. c. Goyette*, C.É. Montréal, n° 500-02-008538-949, 18 septembre 1995, juge Durand. Voir aussi, Nabil N. ANTAKI et Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, T. I, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, *cit.*, p. 229 s.

chacun de ces exemples, il n'y a pas d'activité économique organisée. Or, dans certains cas, ce critère ne sera pas jugé déterminant pour démontrer l'existence d'une entreprise et dans d'autres, comme ceux énumérés ci-haut, il apparaîtra fondamental. Dans l'hypothèse où l'on soumettrait ces cas à plusieurs personnes, non seulement les discussions seraient-elles vives, mais en plus il y aurait très souvent autant d'opinions qu'il y aurait de personnes.

ii. La partie substantielle d'une entreprise

La question de la vente d'une partie substantielle d'une entreprise, en dehors du cours normal des activités du vendeur, ramène aussi à la distinction fondamentale entre l'entreprise et son fonds. La comparaison des textes en témoigne. Le libellé de l'article 1569a C.c.B.C. traitait spécifiquement de la vente de la « totalité ou à peu près de ce fonds de commerce ou de ces marchandises », alors que la facture de l'article 1767 C.c.Q. réfère à la vente d'une « partie substantielle de l'entreprise », soit de l'activité économique organisée. Par ailleurs, le passage de l'expression « la totalité ou à peu près de ce fonds », à celle de la « partie substantielle » apparaît un seuil moins élevé à rencontrer. Une partie substantielle consiste en une partie importante, mais certainement pas en la presque totalité¹¹. Les problèmes de qualification sont encore ici importants. Ainsi, les auteurs s'interrogent sur la préséance d'un critère qualitatif plutôt que quantitatif :

Lorsque le vendeur n'exploite qu'une entreprise et que la vente porte sur l'ensemble de celle-ci, il n'y a pas de difficulté. Par ailleurs, lorsque le vendeur exploite simultanément plusieurs entreprises, tel le cas du notaire qui possède un greffe et un bureau de courtage immobilier, ou encore de la société par actions qui possède plusieurs divisions autonomes, il pourra y avoir vente d'une entreprise et application des articles 1767 à 1778 C.c.Q., même si cette vente ne représente qu'une fraction peu importante du patrimoine global du vendeur. Dans d'autres cas, on pourra conclure qu'il n'y a qu'une seule entreprise intégrée malgré la présence de

11 Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997, p. 203-204.

plusieurs divisions, et par conséquent que la vente d'une division ne constitue pas la vente d'une entreprise. Il faudra alors se demander s'il y a vente d'une partie substantielle de l'entreprise intégrée¹².

iii. L'entreprise immobilière

Les transactions immobilières sont à elles seules source d'une multitude d'interrogations laissées sans réponse. Traditionnellement, la vente d'un immeuble, faite seule, était exclue de l'application des dispositions portant sur la vente en bloc. Pour qu'elle y devienne assujettie, des conditions précises devaient exister. Or, sous le *Code civil du Québec*, il faut s'en remettre aux nouveaux critères. Ainsi, l'immeuble doit constituer une partie substantielle de l'entreprise et la vente de cet immeuble doit avoir lieu en dehors du cours normal des activités du vendeur.

Évidemment, les autres critères doivent aussi être présents. Par conséquent, avant de parvenir à une telle qualification, il aura fallu examiner en profondeur chacune des facettes de la transaction proposée sans pour autant avoir la certitude que le jugement porté soit le bon. Comme le notait un auteur : « La difficulté particulière, lors de la vente d'immeuble, pour sa qualification en vertu des règles de la vente d'entreprise, tient au fait que la nature, l'importance et la gestion du patrimoine immobilier varient presque autant qu'il y a de détenteurs de ce genre de patrimoine¹³ ».

Comment conclure, avec une certitude raisonnable, que l'immeuble concerné constitue une entreprise ? À partir de quel moment et à quelles conditions un immeuble doit-il être considéré comme une entreprise ? Par exemple, le vendeur qui possède cinq duplex et dispose de quatre d'entre eux, vend-t-il quatre entreprises ou encore une partie substantielle de celle-ci ? La vente d'un immeuble inoccupé, mais auparavant utilisé dans le cadre d'une entreprise de mécanique automobile, constitue-t-elle une vente d'entreprise ? La vente d'un immeuble à logements multiples inoccupés en raison de récents

12 Pierre J. DALPHOND, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois », (1994) 54 *R. du B.* 35, 60; Jean MORIN, « La vente d'entreprise », *R.D/N.S. - Vente - Doctrine - Document 1*, 1995, p. 21.

13 Jean MORIN, « La vente d'entreprise », *R.D/N.S. - Vente - Doctrine - Document 1*, 1995, p. 23.

travaux de rénovation constitue-t-elle une vente d'entreprise ? Qu'en est-il encore de la vente d'une résidence familiale par un particulier qui, accessoirement à son travail, rénove la maison qu'il habite pour ensuite la revendre et en acheter une autre qui subira le même sort ? Autant de questions qui ramènent aux critères de qualification : le nombre de logements, la durée de l'occupation ou encore l'importance des revenus tirés de l'exploitation.

S'il est établi que, de façon générale, la vente de la résidence familiale et d'un duplex ne se qualifie pas de vente d'entreprise, il n'en est pas de même pour les triplex et autres multiplex. Aucune décision n'a encore fixé le seuil à partir duquel la vente d'un immeuble locatif devient obligatoirement une vente d'entreprise¹⁴. Et, si l'on peut comprendre que la vente d'un immeuble de 180 logements se qualifie à ce titre¹⁵, il n'est pas certain que la vente d'un immeuble de 4 ou 5 logements se loge à la même enseigne. Or, tous les critères devront faire l'objet d'une analyse détaillée et tout particulièrement celui relié à l'exploitation d'une activité économique organisée. L'appréciation du niveau d'organisation d'une entreprise immobilière, particulièrement pour les petits immeubles à logements, demeure très subjective. De plus, elle dépend directement de faits que seul le vendeur est en mesure de dévoiler.

Les praticiens du droit immobilier, à l'instar des auteurs, sont toujours dans l'expectative d'une décision des tribunaux qui viendrait enfin tracer la ligne entre ce qui constitue une vente d'entreprise et ce qui n'en constitue pas.

14 Une seule décision a été rendue, jusqu'à maintenant sur cette question, l'arrêt *Belinco Développements Inc. c. Bazinet*, [1996] R.J.Q. 1390 (C.S.). Il s'agissait pour le tribunal de déterminer si un immeuble locatif de quinze logements constitue un bien utilisé pour les fins de l'exploitation d'une entreprise : « Le Tribunal approuve le point de vue des auteurs suggérant une approche individualisée tenant compte du cas particulier sous étude. De même, les critères proposés pour se convaincre de l'existence ou de l'exploitation d'une entreprise sont pleins de sens. Leur application cependant, interpelle les plaideurs qui devront fournir la preuve nécessaire à l'appréciation de chaque cas. Ici, cette preuve est très sobre mais permet tout de même de conclure à l'existence d'une entreprise » (p. 1403).

15 *Éditice Le Saint-Laurent (In re) : Dorion, Jolin & Associés c. Placements d'Auteuil Inc.*, [1979] C.A. 602.

Par ailleurs, tous admettent que chaque cas doit être analysé à la lumière de ses faits propres et des critères retenus. Plusieurs sont d'avis, que « ces difficultés d'application poussent d'ailleurs plusieurs praticiens à développer différentes stratégies leur permettant de passer outre aux formalités afférentes à la vente d'entreprise¹⁶ ».

b. Le passage du transport à la vente

Sous le *Code civil du Bas Canada*, les termes « toute vente ou tout transport » mentionnés à l'article 1569a ont été interprétés comme désignant une aliénation pouvant prendre la forme d'une vente pure et simple, d'un échange ou même d'une dation en paiement¹⁷.

Sous le *Code civil du Québec*, le législateur n'emploie plus le vocable « transport » mais se limite au terme « vente ». Cette modification porte à s'interroger sur la possibilité d'inclure l'échange et la dation en paiement comme transactions pouvant exiger l'application des dispositions sur la vente d'entreprise. Il est également possible de se questionner quant aux ventes comportant un prix payable en partie en argent et en partie en actions.

Le débat n'est pas nouveau et deux groupes s'affrontaient sur cette question sous l'ancien Code. Les tenants de l'interprétation restrictive¹⁸ fondaient leur argumentation sur le fait que les dispositions sur la vente en bloc sont conçues essentiellement pour une contrepartie payable en argent. Elles auraient pour effet d'obliger l'acheteur à emprunter pour payer les créanciers du vendeur, à défaut de quoi il serait impossible de distribuer un prix de vente aux créanciers. Ainsi, toute autre interprétation ne pourrait conduire qu'à

16 Patrice VACHON, « Les immeubles locatifs et la vente d'entreprise », (1995) 3 *Repères*, 248-254.

17 *Champagne c. National Brewery Ltd*, (1920) 26 R.L.n.s. 224 (B.R.); *Darveau c. D'amour*, (1932) 52 B.R. 449 conf. [1933] R.C.S. 503; *Verroeuilst c. Guérin*, [1969] B.R. 782.

18 André BOHÉMIER et Pierre-Paul CÔTÉ, *Droit commercial général*, 3e éd., t. I, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 91-93; Lucien G. BOUCHER, *La vente en bloc*, Montréal, Éditions Thélème, 1985, p. 46; Louis PAYETTE, « Vente en bloc », (1970) *C. P. du N.* 47-53.

paralyser les transactions commerciales. À l'opposé, les tenants de l'interprétation libérale¹⁹ étaient obsédés par la rencontre de l'objectif du législateur, soit la protection des créanciers du vendeur. Ils invoquaient, à l'appui, que la définition de l'article 1569a C.c.B.C. ne comportait pas uniquement le terme « vente », mais aussi celui de « tout transport ». C'est en se fondant sur ce motif que la Cour provinciale, dans la décision *Erapa A.G. c. Caristrap Corp.*²⁰, a conclu qu'une émission d'actions était assujettie au régime de la vente en bloc.

Aujourd'hui, les règles de droit existantes portent à croire que l'échange et la dation en paiement doivent être exclues de l'application des dispositions portant sur la vente d'entreprise. On peut même considérer que le législateur a lui-même tranché le débat qui existait sous l'ancien code sur cette question puisqu'il n'a utilisé que le mot « vente » à l'article 1767 C.c.Q. Ainsi, il est légitime de croire que si le législateur avait souhaité soumettre ces types de contrats au régime exceptionnel de la vente d'entreprise, il l'aurait précisé. De plus, le renvoi général aux règles de la vente à titre supplétif, prévu aux articles 1798 et 1800 C.c.Q., apparaît insuffisant pour permettre de conclure à l'assujettissement de ces contrats au régime de la vente d'entreprise.

Cependant, il en est pour prétendre encore que l'échange et la dation en paiement sont assimilées à cet égard à la vente²¹. Ils optent alors pour une interprétation large et cela dans le souci constant de protection des créanciers. Ils se butent cependant à une difficulté de taille : l'impossibilité de distribuer un prix de vente en argent aux créanciers. En effet, comment la personne désignée pourra-t-elle s'acquitter de ses devoirs et plus particulièrement de son obligation de procéder à la distribution du prix de vente tel que le prescrit l'article 1774 C.c.Q. ? En outre, comment la personne désignée distribuera-t-elle le prix aux créanciers s'il est payable en partie en argent et en partie en nature ? Enfin, bien que nous croyons

19 Eloi POULIN, « Aspects civils de la vente en bloc », (1984) 2 *C. P. du N.* 343, 389-390; Brigitte LEFEBVRE, « La vente en bloc et la disposition des fonds », (1991) *C. P. du N.* 159, 178

20 *Erapa A.G. c. Caristrap Corp.*, [1986] R.J.Q. 1937 (C.P.).

21 Pierre J. DALPHOND, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois », (1994) 54 *R. du B.* 35, 91, 92.

que les motifs à la base de l'interprétation large n'aient plus leur raison d'être et que les dispositions sur la vente d'entreprise sont incompatibles avec l'échange et la dation en paiement, il est clair qu'il existe un danger bien réel que les tribunaux adoptent cette position afin de protéger les créanciers du vendeur. Une telle situation risque ainsi d'engager à la fois la responsabilité de l'acheteur et du conseiller juridique à la transaction puisque les formalités ne pourront être respectées.

B. Les obligations de l'acheteur

Les mécanismes de protection de la vente d'entreprise reposent sur des obligations imposées à l'acheteur. L'une est d'application générale et propre à toutes les ventes d'entreprises (a.); d'autres sont particulières à une situation déterminée et s'appliqueront seulement lorsque certaines conditions seront rencontrées (b.).

a. L'obligation générale de protection : la déclaration sous serment

L'article 1768 C.c.Q. constitue le fondement de la protection offerte aux créanciers du vendeur :

1768. L'acheteur est tenu, avant de se départir du prix de vente, d'obtenir du vendeur une déclaration sous serment qui énonce le nom et l'adresse de tous les créanciers du vendeur, et indique le montant et la nature de chacune de leurs créances en précisant ce qui reste à échoir, ainsi que les sûretés qui s'y attachent.

Le *Code civil du Québec* maintient les difficultés qui existaient sous l'ancien droit. Aucune distinction n'est effectuée entre les dettes liées ou non à l'entreprise (i.) et le vendeur doit indiquer, pour chaque créance, ce qui reste à échoir (iii.). De plus, le moment de production de la déclaration n'est pas précisé (ii.).

i. La dénonciation de « tous » les créanciers du vendeur

C'est assurément sur cette disposition que repose tout le régime de protection qu'on prétend offrir aux créanciers du vendeur. Or, cette disposition en constitue aussi toute sa faiblesse.

Le vendeur ne doit pas cacher à l'acheteur l'existence de tous ses créanciers qui détiennent une hypothèque ou une priorité sur les biens vendus. Les registres de publicité des droits et la loi permettent de les identifier. Cependant, et c'est là que le bât blesse, le vendeur peut aisément taire toutes ses dettes non garanties ainsi que toutes ses dettes à la garantie desquelles sont affectés des biens non vendus.

Les difficultés d'application des règles relatives à la vente d'entreprise tiennent pour beaucoup à l'obligation qui est faite de divulguer tous les créanciers du vendeur, même ceux qui ne concernent d'aucune manière l'entreprise à vendre. Or, le principe de la protection des créanciers est difficile à défendre devant le vendeur forcé de dénoncer les créanciers d'une autre entreprise que celle faisant l'objet de la vente et dont il est également propriétaire. En fait, les parties à une vente d'entreprise manifestent toujours leur étonnement devant l'existence d'une telle règle qui leur paraît incompréhensible et surtout injustifiée. Le plus souvent, le vendeur préférera alors contourner ces dispositions, par exemple, en constituant autant de sociétés par actions qu'il y a d'exploitations ou, s'il choisit néanmoins de s'y soumettre, il pourra être fortement tenté de produire une déclaration qui ne contiendra que les seules dettes de l'entreprise.

Avec l'introduction de la conception du patrimoine d'affectation et des divisions de patrimoine à l'intérieur du nouveau Code²², il est extrêmement difficile de comprendre pourquoi le législateur n'a pas restreint la déclaration aux seuls créanciers de l'entreprise. En effet, rien ne fait obstacle aujourd'hui à ce que certains biens d'une personne soient affectés à un même but et forment un gage exclusif pour certains créanciers, comme ceux de l'entreprise.

Par ailleurs, la mécanique de la vente d'entreprise, dont l'objectif premier est de protéger les créanciers du vendeur, repose essentiellement sur la bonne foi de ce dernier, seul à détenir l'information relativement à ses créanciers ordinaires. Or, l'existence même de ce régime établit la prémisse de mauvaise foi des vendeurs d'entreprises. Le *Code civil du Québec*

22 C.c.Q., art. 2, 2645. Nabil N. ANTAKI et Charline BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, T. I, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p.391 s.

enseigne que la bonne foi se présume toujours²³. Comment expliquer alors la présence dans ce Code de dispositions dont l'utilité repose exclusivement sur la présomption de mauvaise foi des vendeurs d'entreprise ? La personne qui vend sa résidence personnelle n'a pas à dévoiler toutes ses dettes (cartes de crédit, frais de garderie, impôts, financement de son automobile, etc.). Il est présumé qu'elle paiera ses créanciers sans qu'il soit nécessaire de concevoir un système complexe pour la forcer à le faire sans être par ailleurs en mesure de contrôler si elle le fera effectivement. À l'opposé, celui qui vend, par exemple, son petit commerce de crème glacée, doit étaler sa situation financière et perd le contrôle du paiement de ses dettes. La loi craint qu'il ne tente d'y échapper! Il est présumé de mauvaise foi.

ii. Le moment de la confection de la déclaration

Le texte de l'article 1768 C.c.Q. ne comporte aucune indication claire sur le moment où la liste des créanciers doit être dressée; la seule information disponible étant que l'acheteur est tenu de la fournir avant de se départir du prix. Il est utile de se poser la question, par exemple « lorsqu'il y a prise de possession de l'entreprise, encaissement des profits et prise en charge des pertes à une date différente de la date du transfert réel de propriété. On peut également s'interroger à ce sujet lorsqu'une lettre d'intention précède une offre d'achat qui, elle-même, précède la signature du contrat de vente transférant le droit de propriété dans les éléments d'actifs vendus²⁴ ». De plus, puisque l'article 1776 C.c.Q. prescrit que « la vente d'entreprise est inopposable aux créanciers du vendeur dont la créance est antérieure à la date de la conclusion de la vente », il est possible d'en déduire que la déclaration sous serment devrait être produite à la date de la vente. Elle doit donc contenir la liste des créanciers du vendeur au moment de la conclusion de la vente, ce qui ne signifie pas forcément que ce soit au moment du transfert de la propriété.

Or, entre la date de signature de la vente et le transfert de la propriété, d'autres dettes peuvent être contractées par le

23 C.c.Q., art. 2805.

24 Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997, p. 275.

vendeur, et les nouveaux créanciers n'auront ainsi pas été inclus dans la déclaration, pas plus qu'ils n'auront été informés des droits que leur attribuent les dispositions sur la vente d'entreprise. La déclaration devra-t-elle être mise à jour à la date où aura lieu le transfert de propriété ou une clause particulière devra-t-elle être insérée dans le contrat de vente pour pallier cette éventualité ? De même, que fait-on dans le cas des ventes à tempérament, également visées par les dispositions sur la vente d'entreprise ? Certains²⁵ diront alors que la déclaration doit être fournie au moment de la vente plutôt que lors du transfert, alors que d'autres seront d'avis contraire²⁶. Une chose est certaine cependant : les parties, la personne désignée et leurs conseillers juridiques devront encore une fois opter pour la plus grande prudence s'ils ne peuvent se prévaloir de l'une ou l'autre des exceptions.

iii. Les créances à échoir

La problématique entourant la déclaration des créances à échoir n'est pas nouvelle. Est-ce qu'il y a lieu, par exemple, d'inclure une créance tributaire d'un événement futur et incertain, comme un cautionnement ? En fait, ici encore, toutes les difficultés antérieures subsistent et sont même accentuées par le processus de distribution du prix de vente²⁷.

La déclaration assermentée doit faire état des créances « en précisant ce qui reste à échoir ». Une dette à échoir constitue une obligation à terme. Le terme est un événement futur et certain dont dépend l'exigibilité de l'obligation²⁸. L'existence de la créance est toutefois certaine. L'obligation à terme doit ainsi être distinguée de l'obligation conditionnelle,

25 Jean MORIN, « La vente d'entreprise », *R.D/N.S. – Vente – Doctrine – Document 1*, 1995, p. 31; Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997, p. 277.

26 Gérald GOLDSTEIN, « La vente dans le nouveau projet du *Code civil du Québec* : quelques observations critiques sur le projet de loi 125 », (1991) 51 *R. du B.*, 329, 387; voir aussi les commentaires de Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997, p. 277 sous les notes 339 et 341.

27 Voir sur cette question particulière, *infra*, section b ii. *La distribution du prix de la vente*.

28 Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 451.

où la condition constitue aussi un événement futur et incertain mais dont dépend la naissance (condition suspensive) ou l'extinction (condition résolutoire) d'une obligation. Ainsi, seules les obligations à terme suspensif doivent être considérées comme des dettes à échoir et être indiquées dans la déclaration. Toutefois, certains auteurs²⁹ suggèrent tout de même de faire figurer les autres formes de créances (assorties d'une condition résolutoire, d'une condition suspensive ou encore résultant d'un cautionnement) dans la déclaration. La question des créances litigieuses est encore plus délicate³⁰, bien qu'il s'agisse aussi d'un droit incertain. Le vendeur est-il tenu de dénoncer dans sa déclaration les créances litigieuses et même celles qu'il pourrait considérer comme loufoques ? À partir de quel moment la créance litigieuse doit-elle être intégrée dans la déclaration; au moment de la signification de l'action en justice ou encore lors de la mise en demeure au débiteur ?

Par ailleurs, il est important de rappeler que, en sus de l'obligation de dénoncer leur créance, les créanciers garantis doivent indiquer les sûretés qui s'y attachent. À cet effet, il est possible de s'interroger sur les motifs qui ont poussé le législateur à privilégier le terme sûreté à celui d'hypothèque. En effet, cette obligation s'inscrit dans la procédure d'évaluation imposée exclusivement aux créanciers hypothécaires. S'agirait-il d'un vestige du Projet de loi 125³¹ où les créanciers prioritaires étaient aussi visés par le mécanisme de participation limitée ? Actuellement, compte tenu du libellé du *Code civil du Québec*, le professionnel prudent doit recommander à son client la dénonciation de toutes les garanties, sans exception, qui peuvent se rattacher aux créances déclarées. Ce qui veut dire, tant les cautionnements personnels que les hypothèques mobilières, les garanties conférées en vertu de la *Loi sur les banques*³², etc. Un auteur va même jusqu'à conseiller la dénonciation de la vente à tempérament, de la vente avec faculté de rachat, de la fiducie-garantie ainsi que de la vente immobilière assortie d'une clause résolutoire³³.

29 P. J. DALPHOND, *loc. cit.*, note 3, 65-67; B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 18, 185

30 C.c.Q., art. 1782.

31 Au même titre que les articles 1769 et 1774.

32 *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

33 Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997, p. 295.

b. Les obligations spéciales en cas d'insuffisance du prix de vente

Il vient d'être démontré que toute la mécanique de la vente d'entreprise repose sur l'obtention de la déclaration assermentée. Peu importe les modalités de la transaction, la déclaration doit être produite à moins que l'acheteur ne puisse se prévaloir de l'une ou l'autre des exceptions prévues par la loi³⁴ ou encore d'une renonciation par les créanciers.

La deuxième étape consiste maintenant à déterminer si les fonds sont suffisants pour payer tous les créanciers. Dans la première hypothèse, les formalités sont réduites pour l'acquéreur, dans la seconde, un lourd processus va s'imposer.

L'article 1770 C.c.Q. est de droit nouveau. Il apporte une exception importante à la procédure entourant la distribution du prix de vente. Ainsi, lorsque les deux conditions sont remplies — le prix est payable au comptant et il est suffisant pour rembourser tous les créanciers — la protection des créanciers est assurée et il devient inutile d'imposer à l'acheteur des formalités supplémentaires. Par contre, en cas d'insuffisance, des formalités supplémentaires sont imposées pour la protection des créanciers du vendeur, soit la participation limitée des créanciers hypothécaires (i.) et l'établissement d'un lourd processus entourant la distribution du prix de vente (ii.).

i. La participation limitée des créanciers hypothécaires

Sous le *Code civil du Bas Canada*, le prix de vente était distribué aux créanciers en considérant les causes légitimes de préférence établies par la loi³⁵. Sous le *Code civil du Québec*, la situation est transformée et le créancier hypothécaire ne peut faire valoir sa sûreté lorsqu'elle excède le montant de sa créance. L'acheteur doit ainsi, avant de se départir du prix de vente, aviser de la vente à la fois les créanciers prioritaires et hypothécaires identifiés dans la déclaration sous serment afin de connaître la valeur de leur créance et, dans le cas seulement des créanciers hypothécaires, la valeur qu'ils attribuent à leur sûreté.

34 C.c.Q., art. 1778.

35 C.c.B.C., art. 1980-1981.

Demander aux créanciers hypothécaires d'évaluer leur sûreté n'est pas réaliste. Cet exercice exigerait en effet de procéder à une évaluation de la valeur marchande du bien meuble ou immeuble affecté par la sûreté et une connaissance des détails relatifs aux créances prioritaires. Or, ces informations, souvent confidentielles (ex. : sommes dues à l'État fédéral et au gouvernement provincial), ne peuvent être obtenues par le créancier. L'évaluation des sûretés pose ainsi des difficultés majeures et laissent planer un nombre impressionnant d'incertitudes.

La première d'entre elles consiste à déterminer le sens du mot « sûretés » dans ces dispositions. S'agit-il de toute espèce de sûretés ? La sûreté découlant de l'article 427 de la *Loi sur les banques*³⁶ est-elle concernée ? Et les ventes avec faculté de rachat³⁷, la fiducie-garantie³⁸, les sûretés mobilières étrangères publiées au Québec, etc. ?

Quant au processus d'évaluation, il conduit à des abus certains qui font une entaille de plus dans le sacro-saint principe de protection des créanciers d'une entreprise. Un créancier sous-évaluera sa sûreté parce qu'il doute de la solvabilité de son débiteur. Un autre voudra participer immédiatement à la distribution. Un autre encore la sous-évaluera parce qu'il ne dispose pas du temps nécessaire pour l'évaluer correctement.

Par ailleurs, compte tenu que l'évaluation sera également tributaire du rang qu'occupe leur créance et de la difficulté, voire l'impossibilité, de connaître leur position par rapport à celle d'éventuels créanciers prioritaires³⁹, les créanciers hypothécaires pourront être tentés d'être forts prudents dans l'évaluation de leur sûreté. De plus, ils ne disposent pas de toutes les informations pertinentes leur permettant de fixer avec justesse la valeur de leur sûreté qui doit être évaluée en fonction soit de la valeur marchande du bien ou à sa valeur de réalisation⁴⁰. Or, dans un cas comme dans l'autre, il n'est pas aisé d'évaluer

36 *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, art. 427.

37 C.c.Q., art. 1750.

38 *Id.*, art. 1263.

39 *Id.*, art. 2655, 2657.

40 Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997, p. 307; Louis PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 331.

la valeur marchande ou la valeur de réalisation d'un bien sans le concours d'un expert. Dans tous les cas, on multiplie les possibilités de contestation devant les tribunaux⁴¹.

ii. La distribution du prix de vente

Les plus grandes difficultés se présenteront à cette étape, qu'il s'agisse de la désignation du tiers ou encore des modalités entourant le paiement des créanciers.

– La désignation du tiers

Contrairement au droit antérieur où la distribution du prix de vente était effectuée directement par l'acheteur, le *Code civil du Québec* recourt à un tiers, désigné conjointement par le vendeur et l'acheteur, pour exercer cette fonction. Les Commentaires du ministre expliquent que « [c]ette solution permet d'éviter que l'acheteur ne fasse de malencontreuses erreurs lors de la distribution⁴². » Il est important de préciser que ni l'acheteur ni le vendeur ne peuvent se qualifier comme personne désignée. Il doit s'agir d'un tiers à la transaction.

Si ces intentions sont louables, il est par contre possible de s'étonner que le législateur, d'une part, se préoccupe tant de la protection des créanciers alors que, d'autre part, il permet à l'acheteur et au vendeur de désigner une personne dont les responsabilités sont aussi lourdes qu'importantes.

Il est permis d'imaginer qu'un vendeur ayant des intentions « malveillantes » pourrait vouloir nommer une personne « de paille » pour procéder à la distribution des biens. L'acheteur, de son côté, nullement tenu à s'assurer des qualifications de cette personne, pourrait toujours arguer son ignorance advenant que sa responsabilité soit recherchée⁴³.

41 Pour plus de détails sur les problèmes d'évaluation, voir Patrice VACHON, « Récents développements légaux sur les achats et les ventes d'entreprises », *APFF Congrès 95*, Montréal, APFF, 1996, p. 9 :1, 9 :23.

42 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, T. I, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 1773, p. 1109.

43 C.c.Q., art. 1777.

En outre, quelles connaissances doit posséder cette personne ? Qui doit-elle être sur le plan professionnel ? Peut-elle vraiment être n'importe qui, choisi par l'acheteur et le vendeur ? Ne devrait-elle pas obligatoirement posséder des qualifications professionnelles lui permettant de juger de toutes les implications de la transaction ? Comment une personne étrangère au domaine du droit pourrait-elle prendre des décisions éclairées concernant par exemple, la distribution aux créanciers du prix de vente ? Pourquoi le législateur, connaissant mieux que quiconque la *Loi sur le Barreau*⁴⁴ et la *Loi sur le notariat*⁴⁵, n'a-t-il pas imposé aux parties le devoir de choisir une personne ayant une formation juridique, membre de l'un ou l'autre des deux ordres professionnels ? Aurait-il oublié que seuls ces juristes ont le droit exclusif de donner des avis juridiques ? De plus, si cette personne n'est ni avocat ni notaire, pourquoi ne pas avoir prévu l'obligation pour elle de fournir une caution, alors qu'il relève de sa responsabilité de procéder à la distribution du prix de vente, distribution qui peut s'avérer de longue durée dans l'éventualité où le prix n'est pas payable comptant⁴⁶ ?

Il eut été préférable que le législateur prévoit des règles strictes à cet égard non seulement afin de protéger les créanciers, mais également l'acheteur et le vendeur. De plus, puisque la préparation d'un bordereau de distribution relève, à notre avis, de la pratique du droit, il eut fallu que cet acte et les autres l'entourant, soient du ressort exclusif des avocats et des notaires conformément à leur loi respective.

– *Les difficultés entourant le paiement des créanciers*

Le rôle de la personne désignée est établi par l'article 1774 C.c.Q. :

1774. La personne désignée pour procéder à la distribution du prix est tenue de préparer un bordereau de distribution dont elle donne copie aux créanciers mentionnés dans la déclaration du vendeur. En l'absence de contestation du bordereau de distribution dans les vingt jours de l'envoi, elle paie les créanciers, en proportion de leurs créances.

44 *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1.

45 *Loi sur le Notariat*, L.Q. 2000, c. 44.

46 Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997, p. 312; Eloi POULIN, « Aspects civils de la vente en bloc », (1984) 2 C. P. du N. 343.

Si le bordereau fait l'objet d'une contestation, elle retient sur le prix ce qui est nécessaire pour acquitter la partie contestée de la créance, jusqu'à ce que jugement soit rendu sur la contestation, à moins que celle-ci ne provienne d'un créancier que le vendeur a omis de déclarer et que le vendeur n'approuve la créance; en ce dernier cas, le créancier participe à la distribution.

Deux difficultés se posent dès lors en pratique :

Cette disposition prévoit le paiement des créanciers « en proportion de leurs créances ». Que fait-on des créanciers qui détiennent des hypothèques sur les biens vendus ? Qu'en est-il des créanciers prioritaires ?

Le vendeur doit indiquer dans la déclaration sous serment, pour chaque créance, ce qui reste à échoir. Doit-on considérer la vente d'entreprise comme une liquidation ordonnée, obligeant le paiement intégral des dettes non échues ? Ou encore, la personne désignée doit-elle conserver le prix de vente et effectuer des déboursés ponctuels suivant les modalités prévues entre le vendeur et ses créanciers ?

Le branle-bas engendré par l'adoption des dispositions sur la vente d'entreprise tire principalement son origine du bouleversement des droits des créanciers. La participation limitée des créanciers hypothécaires a été mise en place avec l'objectif légitime d'améliorer la situation des autres créanciers. Aussi louable que puisse être l'intention du législateur à ce sujet, l'absence de nuance entre les hypothèques affectant ou non des biens vendus conduit à des problèmes difficilement résolubles sans s'éloigner de cet objectif.

Sous le *Code civil du Bas Canada*, le prix de vente était distribué en fonction des privilèges et rangs prévus par la loi, donc en respectant les causes légitimes de préférence⁴⁷. Sous le *Code civil du Québec*, en considérant les nouveaux objectifs du législateur, les créanciers hypothécaires ne peuvent plus participer à la distribution, si ce n'est pour la différence entre la valeur de leur créance et celle de leur sûreté. Si ce beau

47 C.c.B.C., art. 1981-1982.

principe est valable en théorie, des problèmes importants se posent en pratique en regard de la réalité des transactions.

L'acheteur qui respecte les dispositions de la vente d'entreprise ne peut être recherché personnellement par les créanciers du vendeur. Cependant, les créanciers du vendeur qui détiennent une hypothèque sur les biens vendus conservent tous leurs droits sur ces biens. L'article 1775 C.c.Q. ne prévoit pas l'assumption de la dette hypothécaire par l'acheteur, puisque alors la responsabilité personnelle de ce dernier serait engagée. Quelle situation vise donc cette disposition ? Face à une telle problématique, la doctrine s'est divisée quant à l'interprétation à donner aux dispositions. Deux approches principales se partagent la faveur populaire.

La première, partisane d'une interprétation littérale, conclut au respect de la lettre de la loi. Par conséquent, les créanciers hypothécaires n'ont aucun droit de participer à la distribution du prix de vente hors du cadre de l'article 1772 C.c.Q. L'acquéreur voit ainsi son bien grevé d'une hypothèque mais, en contrepartie, il bénéficie d'une réduction du prix de vente correspondante⁴⁸. Bien que conforme au principe de participation limitée des créanciers hypothécaires, les deux principaux reproches opposés à cette thèse sont, d'une part, de contrevenir au principe de l'article 1723 C.c.Q. relatif à la garantie du droit de propriété et, d'autre part, de ne pas améliorer la situation des autres créanciers contrairement aux objectifs de la loi⁴⁹.

La seconde approche, qualifiée de « relativiste » par un de ses tenants⁵⁰, règle la question en effectuant une distinction entre les créanciers dont l'hypothèque porte sur un bien objet de la vente et les autres. Les premiers verront leur créance acquittée en totalité, alors que dans le second cas, la règle de

48 Pierre J. DALPHOND, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois », (1994) 54 *R. du B.* 35, 74; André VAUTOUR, « La notion d'entreprise et la vente d'entreprise : les problèmes et leurs solutions », *Repères*, vol. 4, n° 5, 146, 148; Jean MORIN et Brigitte ROY, « La vente d'entreprise, tout un contrat ! », (1996) 2 *C.P. du N.* 165, 177 s.

49 Jean MORIN et Brigitte ROY, « La vente d'entreprise, tout un contrat ! », (1996) 2 *C.P. du N.* 165, n° 45, p. 175.

50 *Id.*, n° 46 s., p. 175; Yvan DESJARDINS, « La vente d'entreprise : une entreprise ardue », (1995) 97 *R. du N.* 399; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, n° 416, p. 196.

la participation limitée recevra application. Une telle interprétation est difficilement soutenable en considérant le texte des articles 1769, 1771 et 1772 C.c.Q. Une des règles de l'interprétation littérale⁵¹ est à l'effet que lorsqu'un texte est clair, on ne doit pas l'interpréter. Ce principe de la primauté du texte a été reconnu à maintes reprises par la Cour suprême⁵². En l'espèce, le texte est clair : il s'agit des créanciers désignés dans la déclaration et l'article 1768 C.c.Q. impose la dénonciation de « tous » les créanciers hypothécaires. Le texte de loi n'effectue aucune distinction entre les créanciers détenant ou non une hypothèque sur les biens objets de la vente. Il s'avère donc extrêmement difficile de soutenir une telle interprétation.

Une autre difficulté d'interprétation rencontrée à la lecture de l'article 1774 C.c.Q. concerne l'ordre de paiement des créanciers « en proportion de leurs créances » en présence de créanciers prioritaires. En effet, l'article 1774 C.c.Q. ne fait aucunement mention de cette préférence. À la lecture de cette disposition, le législateur semble placer sur un même pied d'égalité tous les créanciers, faisant ainsi fi des droits qu'accorde aux créanciers prioritaires l'article 2650 C.c.Q. Doit-on en conclure que les créanciers prioritaires perdent leur statut dans le cadre d'une vente d'entreprise ? Quelle interprétation retenir ? Celle qui permettrait aux créanciers prioritaires de participer à la distribution du prix de vente et cela notamment parce qu'ils ne bénéficient pas d'un droit de suite au même titre que les créanciers hypothécaires. Et, s'ils participent, bénéficient-ils de la préférence conformément à l'article 2650 C.c.Q. ?

Cette confusion tire sans aucun doute son origine des articles 1769 et 1770 C.c.Q. qui traitent les créanciers prioritaires au même titre que les créanciers hypothécaires à qui on a refusé le droit de participer à la distribution du prix, sauf pour l'excédent. Ainsi, il est légitime de penser que la seule mention de ces créanciers dans cette disposition a pour effet de les exclure de la distribution. Or, on conviendra que cela ne

51 Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 357 s.

52 R. c. *Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624, 630, juge Lamer; R. c. *McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, 80; R. c. *McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, 713.

fait aucun sens, bien qu'une interprétation littérale conduise inmanquablement à tenir ce raisonnement⁵³.

Dans le premier jugement rendu sur cette question en 1995, le juge Cloutier se prononce comme suit relativement au sort des créanciers prioritaires :

« C'est ainsi que l'on aurait tort de croire que le libellé de l'article 1774 C.c.Q. a pour effet d'abolir les créances prioritaires (C.c.Q., art. 2650 et suiv.) en édictant que la personne désignée doit payer « les créanciers, en proportion de leurs créances ». En effet, même si l'article ne fait pas de distinction entre les créances prioritaires et chirographaires, on ne peut présumer que le législateur a aboli pour les fins de la vente d'entreprise, les créances prioritaires et exigé qu'elles soient mises en concurrence avec les créanciers chirographaires pour leur paiement proportionnel. En effet, seul le créancier hypothécaire voit sa participation au partage du prix de vente diminuée au profit des autres créanciers (C.c.Q., art. 1771, 1772), étant tenu de discuter d'abord la valeur de sa sûreté⁵⁴. »

Bien qu'intéressantes et favorables à la protection des droits des créanciers prioritaires, ces conclusions du tribunal laissent encore place à certaines interrogations. Par exemple, est-il possible d'importer dans une vente de gré à gré un droit de préférence qui s'exerce dans le cadre d'une vente forcée ?

Il a été précédemment mentionné que la déclaration assermentée devait comporter la mention des créances du vendeur en précisant « ce qui reste à échoir ». Le législateur exige ainsi qu'apparaisse à la déclaration le montant non exigible de l'obligation, lequel doit être distingué de la somme totale de la créance. Le législateur ne parlant pas pour rien dire, on peut s'interroger sur le fondement d'une telle distinction.

53 Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997, p. 312; André VAUTOUR, « Certaines difficultés pratiques relatives au paiement des créanciers du vendeur dans le cadre de ventes d'entreprises », *Congrès annuel du Barreau du Québec (1995)*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1995, p. 271, 276.

54 *Québec (sous-ministre du revenu) c. Gagné*, C.Q. Rimouski, n° 100-02-000471-940, 13 mars 1995, juge Cloutier, p. 3.

En effet, adopter une approche où la distribution du prix de vente s'effectuerait sans égard à l'exigibilité des créances⁵⁵ favoriserait généralement les créanciers et l'acheteur, mais, comme le souligne un auteur⁵⁶, il n'est pas possible d'obliger un créancier qui bénéficie du terme à recevoir paiement. Par conséquent, si la vente de l'entreprise n'emporte pas déchéance du terme, des problèmes vont se poser pour le paiement de ces créanciers.

Ainsi, comment peut-on concilier la protection des créanciers avec la possibilité de convenir de modalités de paiement autre que comptant ? Par exemple, si les parties ont convenu d'échelonner le paiement sur 10 ans, la personne désignée devra-t-elle expédier aux créanciers des chèques à tous les mois ? À quel moment la personne désignée doit-elle procéder à la préparation du bordereau de distribution ? Quand l'argent est-il remis par l'acheteur à la personne désignée ? Lors de la vente, à l'arrivée du terme prévu ou par versements. Dans l'intervalle, que font les créanciers et le vendeur ? Et la personne désignée, doit-elle détenir ces sommes en fidéicommiss dans l'entre-temps et si oui, à qui appartiennent les intérêts ? Quelle est la responsabilité de la personne désignée face à ces créances ? Dans le cas d'une créance litigieuse, doit-elle porter un jugement sur le bien fondé de la créance et attendre que la décision soit rendue avant d'effectuer le paiement ?

Ainsi, hormis le fait que nous sachions avec certitude que le vendeur ne doit pas se placer dans une situation qui puisse le rendre insolvable, il existe, en ce qui a trait à la distribution des prix de vente, bon nombre d'interrogations laissées encore une fois sans réponse.

Il est déplorable que le législateur n'ait pas répondu à ces questions. La lourdeur du processus mis en place et la multitude de questions sans réponse laissent perplexes et découragent bon nombre de vendeurs d'entreprises rendant à toute fin pratique les dispositions inutiles puisque trop contraignantes.

55 Brigitte LEFEBVRE, « La vente en bloc et la disposition des fonds », (1991) *C. P. du N.* 159, 189; Jean MORIN, « La vente d'entreprise », *R.D/N.S. - Vente - Doctrine - Document 1*, 1995, p. 50.

56 Denys-Claude LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 193.

La prochaine partie permettra de vérifier l'approche adoptée sur le reste du continent nord-américain.

2. LA VENTE D'ENTREPRISE DANS LES AUTRES PROVINCES DU CANADA ET AUX ÉTATS-UNIS

Au début du siècle dernier, les ventes en bloc étaient soumises à un régime particulier dans l'ensemble du Canada et des États-Unis.

Il semble que ce soit pendant la crise économique de la fin du 19^e siècle — où les fraudes dans les transactions commerciales furent considérables — que la première loi fut adoptée par la Louisiane en 1894. Le mouvement s'est rapidement étendu et en 1909 tous les États américains étaient dotés d'un « Bulk Sales Act »⁵⁷.

Le même phénomène se produisit en territoire canadien. Les créanciers se mobilisèrent pour lutter contre les fraudes trop fréquentes lors de la vente d'un fonds de commerce. La fraude se présentait généralement par l'indication d'un prix inférieur à la valeur réelle des biens et par la mise du prix de vente hors de portée des créanciers. En effet, suite à la vente de l'entreprise, le vendeur plaçait le prix reçu hors d'atteinte de ses créanciers — ou encore disparaissait lui-même avec le produit de la vente — alors que, de son côté, l'acheteur s'empressait de liquider les actifs du fonds. Par conséquent, les créanciers étaient incapables de récupérer leur dû, ce qui engendrait une augmentation des coûts du crédit commercial.

En 1920, la *Conference of Commissionners on Uniformity of Legislation in Canada* (C.C.U.L.C.) a approuvé un modèle de législation sur la vente en bloc qui fut adopté par la plupart des provinces. Ces dernières ont, par la suite, procédé aux adaptations nécessaires à leur propre réalité commerciale. Ainsi, bien que présentant les mêmes principes de base, les lois provinciales sur la vente d'entreprise se distinguent du point de vue de leur mise en pratique et des formalités qui y sont prévues.

57 B. WEINTRAUB et H. LEVIN, « Bulk Sales Law and Adequate Protection of Creditors », (1951-52) 65 *Harv. L. Rev.* 418, 419; T. BILLING, « Bulk Sales Law : A Study in Economic Adjustment », (1928) 77 *U. Pa. L. Rev.* 72.

Parallèlement, les États-Unis développèrent le « Uniform Commercial Code » (ci-après cité U.C.C.) vers la fin des années mil neuf cent quarante. L'article six (6) de l'U.C.C. fut édicté et proposa une législation uniforme pour circonscrire les « Bulk Transfers ». Plusieurs États abrogèrent leur loi traitant des dispositions en bloc au profit de la protection modernisée et nouvellement édictée par cette disposition. Pendant plus de vingt ans, les vendeurs d'inventaire (stock) de commerce furent empêtrés dans la toile des dispositions de l'article 6 du U.C.C.

La présente partie sera consacrée à la présentation des principaux motifs qui ont conduit les provinces canadiennes anglaises et les états américains à maintenir (A.) ou encore à abroger (B.) leur législation sur la vente en bloc.

A. Les provinces canadiennes et les États américains régis par une législation particulière sur la vente d'entreprise⁵⁸

Il existe actuellement quatre provinces canadiennes⁵⁹ et à peine le quart des états américains⁶⁰ possédant des dispositions sur la vente en bloc. Parmi les provinces canadiennes, l'Ontario est celle qui a réformé le plus adéquatement sa législation au diapason des développements administratifs et commerciaux survenus depuis l'adoption du modèle proposé par la C.C.U.L.C. De l'analyse des rapports et documents produits au cours de cette réforme, l'approche suivante est utile à l'analyse et à l'étude du bien fondé des règles québécoises portant sur la vente d'entreprise.

Il était devenu notoire que les règles de la vente en bloc ontarienne ne servaient plus leur fonction. Trop de mutations, survenues depuis le début de l'ère industrielle, avaient perturbé le champ d'application des dispositions. La province de l'Ontario fut ainsi la première à réévaluer l'utilité du mécanisme.

58 La présente sous-section a été réalisée à partir des travaux du notaire Michael Douglas Kelly.

59 Ontario, Québec, Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve.

60 *Uniform Commercial Code*, (Édition de novembre 1951), article 6 (ci-après : le U.C.C.); <http://www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html>.

Elle redéfinit ainsi la terminologie, l'assujettissement au régime et les droits et obligations des parties impliquées dans le processus.

Tout d'abord, l'assujettissement à la loi⁶¹ fut généralisé à toute vente en bloc en y incluant les ventes, échanges et autres types d'aliénations mixtes d'objets, de denrées ou de marchandises qui font habituellement l'objet du commerce ou avec lesquels une personne exploite un commerce.

La loi instaure des distinctions entre les créanciers, soit les créanciers fournisseurs garantis, les créanciers fournisseurs non garantis et tous les autres créanciers de l'entreprise. Seuls les créanciers fournisseurs non garantis participent au processus de distribution par le fiduciaire. Pour ce faire, les créances sont prouvées de la même façon que dans le cadre d'une répartition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁶². Le processus d'évaluation de la garantie a ainsi été complètement éliminé de la législation en raison de son inutilité au regard des droits de suite et autres sûretés dont bénéficiaient les créanciers garantis, afin qu'ils ne soient pas doublement avantagés⁶³.

Le régime fut investi de nouvelles limites d'application. L'exemption judiciaire fut introduite⁶⁴. Les ventes qui, selon la déclaration statutaire, comptent des réclamations de créanciers fournisseurs inférieures à 2 500 \$ sont exonérées⁶⁵. Les parties sont également exemptées lorsqu'il est démontré que tous les créanciers fournisseurs de l'entreprise, n'ayant pas renoncé à l'application des règles, seront payés en totalité au moment de la vente⁶⁶.

De plus, la législation maintient l'intervention du tiers fiduciaire dans certaines circonstances, mais en clarifiant sa nomination, son rôle et ses obligations. Le nouveau modèle

61 *Loi sur la vente en bloc*, L.R.O. 1960, c. 43, comp. *Loi sur la vente en bloc*, L.R.O., 1990, c. B.14, art. 1.

62 *Loi sur la vente en bloc*, L.R.O., 1990, c. B.14, art. 12.

63 *Loi sur la vente en bloc*, L.R.O., 1960, c. 43, art. 35; *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.C. 1997, c. 12.

64 *Loi sur la vente en bloc*, L.R.O., 1990, c. B-14, art. 3.

65 *Id.*, art. art. 8(1) a).

66 *Id.*, art. 8(1) a) b).

ontarien reconnaît ainsi une liquidation ordonnée, très rapprochée de celle édictée sous la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁶⁷. En outre, la publication obligatoire par le fiduciaire d'un avis de la vente d'entreprise avant la répartition du prix de vente entre les créanciers constitue un mécanisme extrêmement intéressant⁶⁸. Il confère, en effet, une véritable chance aux créanciers, dont les noms auraient été involontairement ou non omis dans la déclaration, d'être informés de la transaction.

Enfin, l'acheteur doit, dans les cinq (5) jours suivant la clôture de la vente, déposer au greffe du tribunal un *affidavit* énonçant les détails de la vente⁶⁹. Six (6) mois après la publication, la vente est inattaquable.

En résumé, la législature ontarienne a développé une procédure mieux adaptée aux développements économiques et légaux et nettement plus pratique et simple à comprendre⁷⁰. Selon la communauté de crédit et le Barreau ontarien, ces nouvelles règles sont efficaces et pratiques⁷¹. Pour preuve, elles ont été confirmées lors des refontes de la législation ontarienne de 1970, 1980 et 1990 portant sur la vente en bloc⁷².

À l'opposé, les États américains ne partagent pas le même discours quant à l'utilité des règles circonscrivant les ventes en bloc. Entre 1960 et 1980, le gouvernement fédéral américain et les nombreux États de cette fédération mirent sur pied des organismes de réforme du droit. Parmi ces organisations, nous retrouvons le « American Legal Institute » (A.L.I) et le « National Conference of Commissioners of Uniform State Law » (N.C.C.U.S.L.) dans les secteurs du droit commercial américain unifié. Le N.C.C.U.S.L. et le A.L.I. ont étudié les développements légaux, administratifs et économiques survenus depuis l'instauration de l'article 6 au sein du *Uniform Commercial Code* en 1951. Puisque les moyens

67 *Id.*, art. 12(1); *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.C. 1997, c. 12.

68 *Loi sur la vente en bloc*, L.R.O., 1990, c. B-14, art. 12(2).

69 *Id.*, art. 11(1).

70 F. M. CATZMAN, « The Bulk Sales Act (Ontario) », (1958) 2 *Can. Bar. J.* 38, 40-1.

71 F. M. CATZMAN, « Law Reform Commission of British Columbia, Bulk Sales Legislation, working paper no 40 » (1983-84) 8 *Can. Bus. L.J.*, 109, 114.

72 *Loi sur la vente en bloc*, L.R.O. 1970, c.52; L.R.O. 1980, c. 52; 1990, c. B.14.

technologiques et la protection offerte aux créanciers, autrefois lésés par les dispositions en bloc, avaient grandement évolué, ces organismes recommandèrent aux législatures américaines d'abroger définitivement l'article 6 du *U.C.C.* Toutefois, pour les législatures plus concernées et attachées à la protection des règles de cet article, ils proposaient :

- 1) la réduction du champ d'application de l'article; et
- 2) l'élimination de la nullité de la vente comme sanction.

L'article 6 révisé de l'*U.C.C.* assouplit grandement la portée du mécanisme de la vente en bloc. Les dispositions ne s'appliquent dorénavant que pour régir la vente de plus de cinquante pour cent (50%) de la juste valeur marchande de l'inventaire du vendeur lorsque ce dernier cesse d'exploiter son commerce.

De plus, l'article 6 modifié clarifie les conséquences du non respect des règles pour l'acheteur, ainsi de façon générale :

- 1) les droits ou titres de propriété de l'acheteur ne sont plus affectés ou amoindris;
- 2) la vente n'est plus attaquable, inopérante ou nulle;
- 3) les réclamations de créanciers sont à présent limitées à la valeur de leur créance.

Par conséquent, l'article 6-103 révisé permet seulement à un créancier du vendeur, lésé par l'irrespect des dispositions, de poursuivre l'acheteur en dommages-intérêts pour le montant de sa créance, et ce, réduit du montant qu'il n'aurait pas obtenu si les règles avaient été respectées lors de la transaction. De plus, le troisième alinéa du paragraphe 6-107 interdit tout recours contre un acheteur de bonne foi qui démontre un effort commercial raisonnable dans l'application des règles de l'article 6 révisé ou encore, qui a jugé que cet article ne s'appliquait pas pour régir la transaction.

Enfin, l'article 6 révisé édicte une nouvelle exception d'application lorsque la valeur des actifs transférés libre d'hypothèque

et d'autres charges est inférieure à dix mille dollars (10 000 \$)⁷³ ou encore, lorsque la valeur totale des actifs vendus est supérieure à vingt cinq millions de dollars (25 000 000 \$)⁷⁴.

La majorité des États américains ont privilégié l'élimination de toute forme de dispositions sur les ventes en bloc, sans même adopter le nouvel article 6 révisé⁷⁵. Ces derniers ont ainsi choisi de laisser les vendeurs, acheteurs et financiers sans recours particuliers lors de la vente en bloc d'inventaire. La réponse à la réforme américaine permet de croire que la réglementation sur la vente en bloc disparaîtra prochainement aux États-Unis.

B. Les provinces canadiennes et les États américains ayant opté pour l'abandon d'une législation sur la vente d'entreprise

Au Canada, un volte-face se produisit au milieu des années 80'. Les quatre (4) provinces de l'Ouest ont fait disparaître leur *Bulk Sales Act*. Plus récemment, en 1996, la Nouvelle-Écosse abrogea sa législation⁷⁶; l'Île du Prince-Édouard⁷⁷ fit de même en 1997.

L'impulsion fut donnée, en 1983, par la Colombie-Britannique qui, suite au rapport de la Commission de réforme du droit⁷⁸, a abrogé ses dispositions. L'expérience de la Colombie-Britannique a été décisive pour le mouvement. Ainsi, en 1990, la Commission de réforme du droit de l'Alberta en fait un élément-clé de son rapport :

« We have concluded that the British Columbia experience supports the conclusion that repeal of the *Bulk Sales Act* would have little negative impact on creditors. We acknowledge

73 U.C.C., art. 6-103(3)(L)i) révisé.

74 U.C.C., art. 6-103(3)(L)ii) révisé.

75 <http://www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html>.

76 *Bulk Sales Act*, R.S.N.S. 1989, c.48 abrogé par 1995-96, c-13, art. 89(4).

77 *Bulk Sale Act*, R.S.P.E.I. 1988, C. B-6 abrogé par 1997, c. 33, art. 76.

78 LAW REFORM OF COMMISSION OF BRITISH COLUMBIA, *Bulk Sales Legislation*, Report no 40, 1983. Pour une critique de ce rapport, voir F. M. CATZMAN, « Law Reform Commission of British Columbia, *Bulk Sales Legislation*, working paper no 40 » (1983-84)8 *Can Bus. L.J.*, 109.

that there are likely to be instances in which repeal would be detrimental to certain creditors, as illustrated by the situations referred to by two of our correspondents. However, none of the correspondence asserts, while some of it positively denies, that such instances have been numerous in British Columbia. We note particularly that there is no suggestion in any of our correspondence that repeal in British Columbia has affected the conduct of credit grantors or that it has made credit more difficult to obtain. We can think of no reason to anticipate a different result in Alberta⁷⁹.»

Il s'agit du même constat qui s'est effectué aux États-Unis et qui a conduit le N.C.C.U.S.L. et le A.L.I. à retirer leur appui à l'article 6 du *Uniform Commercial Code* américain⁸⁰ : les changements économiques et législatifs qui se sont produits au cours du siècle dernier ont rendu la législation sur la vente d'entreprise à toute fin pratique inutile.

D'abord, l'article 6 (version de 1987) oblige l'acheteur à supporter les coûts liés à la protection des intérêts des créanciers du vendeur — avec qui aucun lien n'est normalement entretenu. Ensuite, de par son mécanisme, sa procédure et ses formalités, la législation sur la vente d'entreprise est un obstacle au déroulement des transactions normales d'affaires, transactions qui bénéficient indirectement aux créanciers du vendeur⁸¹. L'article 6, tant dans sa version originale qu'amendée, n'est pas commercialement utile⁸² : « Article 6 probably prevents occasional abuses and deters some fraudulent conveyances. But standing alone, and viewed in the light of the burdens it imposes, that is not enough to justify retention of the statute⁸³ ».

79 ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *The Bulk Sales Act*, Report no 56, 1990, p. 12.

80 *Uniform Laws Annotated*, Volume 2c, Uniform Commercial Code with annotations from State and Federal Courts, Minnesota, West Publishing Co., 1991, p. 7.

81 *Id.*; D. J. RAPSON, « U. C. C. Article 6 : Should it be Revised or Deep-Sixed ? », 38 *Bus. Law*, August '83, p. 1753 ; C. R. MELAND, « Bulk Sales : Evaluating the Merits of Reform and Repeal », (1994) 27 *UCC Law J.* 43, 69-79.

82 *Id.*

83 D. J. RAPSON, « U. C. C. Article 6 : Should it be Revised or Deep-Sixed ? », 38 *Bus. Law*, August '83, p. 1769.

De l'analyse des différents rapports des commissions qui se sont penchées sur la question, tant au Canada qu'aux États-Unis, cinq motifs peuvent être retenus comme décisifs dans l'abrogation de la législation.

– *Disparition des motifs à l'origine de l'adoption de la loi*

Les dispositions relatives à la vente d'entreprise sont devenues archaïques. La Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique explique que les temps ont changé depuis l'instauration de la législation, et que les situations délicates de l'époque ont été corrigées par le développement de la technologie et la mise sur pieds d'un réseau d'informations plus sophistiqué. Les méthodes utilisées pour déterminer la capacité financière d'une personne en matière de crédit sont beaucoup plus certaines, efficaces et faciles d'accès. Le marché commercial ainsi que les systèmes de communication ont évolué : « There has been a virtual revolution in transportation and communications technologies in this century. These developments have not only altered the way business is conducted but have also affected the nature of the problem with which The Bulk Sales Act was designed to deal⁸⁴ ». Ainsi, l'allocation de crédit n'est plus une activité aussi hasardeuse qu'elle l'a déjà été. La protection particulière des créanciers en matière de vente d'entreprise a conséquemment perdu de sa nécessité.

Un régime de sûretés a été développé⁸⁵. Les créanciers jouissent donc de meilleurs moyens pour faire valoir leurs droits.

Les situations visées par la législation sont maintenant gérées par d'autres lois, par exemple le *Bankruptcy Act*⁸⁶, le *Fraudulent Conveyances Act*⁸⁷, le *Criminal Code*⁸⁸, le *Bank Act*⁸⁹, et le *Personal property Security Act*⁹⁰. La législation sur la vente d'entreprise a donc perdu de son particularisme et de sa nécessité.

84 LAW REFORM COMMISSION OF MANITOBA, *Report on the Bulk Sales Act*, Report no 71, 1988, p. 39.

85 *Personal Property Security Act*, S.A. 1993, c. P-6.2.

86 *Bankruptcy and insolvency Act*, L.C. 1997, c-12.

87 *Fraudulent Conveyances Act*, C.C.S.M., c. F160.

88 *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, art. 350, 380, 392.

89 *Bank Act*, L.C. 1991, c. 46.

90 *Personal property Security Act*, C.C.S.M., c. P. 35.

La quantité de stocks et de marchandises possédés n'est plus aujourd'hui considérée comme étant indicative de la stabilité financière de l'entreprise.

– *Lourdeur des formalités*

Le respect des formalités prévues à la loi occasionne des délais et des coûts importants. Selon les conclusions des rapports, ces deux conséquences se répercutent nécessairement sur le coût des biens et des services offerts au public.

Par ailleurs, les coûts doivent être supportés par les parties à une transaction qui ne revêt, en réalité, qu'un faible risque. Ces coûts sont donc disproportionnés.

La loi peut parfois nuire aux créanciers « non garantis » (unsecured creditors). Ce serait le cas lorsque les coûts engendrés par le respect des formalités légales seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'entreprise vendue. La Commission de l'Alberta⁹¹ indique qu'elle ne sait pas à quelle fréquence cette situation se présente, mais qu'elle a été informée qu'elle est suffisamment répandue pour la prendre en considération lors de l'évaluation de l'utilité de la loi.

Le régime imposé constituerait, par ailleurs, un piège pour les personnes mal informées.

Ayant fait des concessions à la réalité commerciale, la loi serait inefficace et ne pourrait servir adéquatement les buts pour lesquels elle a été adoptée.

– *Problèmes marginaux*

Les situations gérées par la loi sont en fait des problèmes marginaux. Les risques découlant de ce type de transactions sont maintenant relativement mineurs. Les bénéfices de la loi sont donc amoindris.

91 ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *The Bulk Sales Act*, Report no 56, 1990.

– *Manque d'efficacité de la loi*

La loi n'est pas efficace. L'opération repose principalement sur la bonne foi du vendeur qui doit fournir la déclaration. Ce dernier pourrait aisément contourner les dispositions légales en fournissant une déclaration fausse ou incomplète.

– *Statut privilégié des créanciers*

Sans en faire un motif d'abandon, il est souligné que les créanciers allouant du crédit aux entreprises visées par la législation jouissent d'un statut privilégié, et que la raison justifiant ce statut n'est pas manifeste. Les droits des créanciers sont suffisamment protégés par d'autres lois. La législation sur la vente d'entreprise a donc perdu son caractère unique de protection et devrait être perçue comme une redondance.

3. LA PROTECTION DES CRÉANCIERS DANS LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

À la lumière de ce choix effectué par une majorité d'États américains et de la moitié des provinces canadiennes, il est intéressant de s'interroger sur l'orientation prise par le législateur québécois, en 1994, au moment de la réforme du *Code civil du Québec*. Comment concilier les difficultés illustrées dans la première partie de ce texte — et particulièrement — l'alourdissement des formalités — avec les objectifs spécifiques de la législation ? Déjà, sous le *Code civil du Bas Canada*, l'application des dispositions sur la vente en bloc suscitait des difficultés importantes :

Devant les difficultés causées par l'application des textes du Code aux transactions courantes, le notaire doit se souvenir que la législation sur la vente de fonds de commerce revêt un caractère exceptionnel et que le législateur n'a pu vouloir paralyser outre mesure les transactions commerciales; la jurisprudence lui rappelle constamment par ailleurs que le but de la loi est d'assurer la protection des créanciers du vendeur⁹².

La refonte du *Code civil du Québec* n'était-elle pas le moment approprié pour vérifier si ces mesures correspondent

92 Louis PAYETTE, « Vente en bloc », (1970) *C. P. du N.* 47-64.

encore aujourd'hui à des objectifs commerciaux utiles ? Pour répondre à ces questions, il s'avère intéressant de comparer la protection offerte aux créanciers au moment de l'adoption des dispositions sur la vente en bloc (A.) avec celle existant aujourd'hui sous le *Code civil du Québec* (B.).

A. L'historique de la législation sur la vente d'entreprise

La législation sur la vente d'entreprise a été adoptée au Québec dans le même contexte qui prévalait au début du siècle aux États-Unis et ailleurs au Canada.

Avant 1910, les créanciers impayés devaient s'en remettre à la théorie générale des obligations pour faire valoir leurs droits et particulièrement au mécanisme de l'action paulienne qui confère au créancier un droit de regard sur le patrimoine de son débiteur.

Pour bien comprendre la situation délicate des créanciers, il est utile de revenir sur les principes de base du droit civil. Aux termes des anciens articles 1980 et 1981 C.c.B.C., tous les biens du débiteur constituent le « gage commun » de chacun des créanciers et, en cas de concours entre eux, le produit se distribue par concurrence, à moins qu'il n'existe une cause légitime de préférence. Ce gage général auquel réfère le Code ne constitue pas, dans le patrimoine du débiteur, un frein à la libre disposition de ses biens ou encore une restriction à sa liberté de contracter. Dans la mesure où le débiteur agit de bonne foi, rien ne vient enfreindre sa liberté. Dans le cas contraire cependant, lorsqu'il pose un geste frauduleux et portant préjudice aux créanciers, ces derniers peuvent, par le biais de l'action paulienne, en demander l'annulation : « Par l'action paulienne, le créancier pourra faire réintégrer dans le patrimoine de son débiteur et ré-affecter au gage commun un bien qui en était frauduleusement sorti. L'action paulienne tend à faire déclarer inopposable au créancier lésé l'aliénation frauduleuse du bien, dans le seul but de lui permettre d'exercer ses droits de saisie sur les actifs irrégulièrement sortis du patrimoine de son débiteur⁹³ ».

Malheureusement, les conditions exigées pour enclencher le mécanisme paulien n'avaient rien pour faciliter la

93 *Id.*, 48.

tâche du créancier. L'exercice de l'action paulienne, dans le cas de contrats à titre onéreux, était subordonné à la *preuve de l'intention de frauder*, ce qui avait pour effet d'accroître la difficulté des créanciers et de voir s'envoler leur espoir de recouvrement :

Si le mécanisme de l'action paulienne avait pu être plus facilement déclenché, il aurait pu s'avérer efficace en permettant au créancier lésé dans ses droits de récupérer un bien frauduleusement sorti du patrimoine du débiteur. Mais tel n'était pas le cas en 1910. Alors vu l'exigence de cette preuve de fraude un créancier risquait de perdre purement et simplement sa créance lorsqu'un débiteur décidait de vendre son fonds de commerce et de déguerpir. L'acheteur n'avait aucune responsabilité envers les créanciers du vendeur. Si le fonds de commerce était vendu soit pour moins que sa valeur ou soit pour sa valeur mais sans payer les créanciers, ces derniers subissaient alors sans recours une diminution de la sûreté de leurs créances. De plus, le recours par bref de *capias* prévu aux articles 894 et suivants de l'ancien code de procédure civile cessa d'exister avec l'abolition de la peine de prison en matière civile. Il s'agissait donc d'une autre diminution de la sûreté de la créance⁹⁴.

C'est donc avec l'idée de protéger ces créanciers dépourvus de recours que le législateur adopta en 1910 les articles 1569a et suivants C.c.B.C. relatifs à la vente en bloc.

Comme les recours de droit commun s'étaient avérés des remèdes inefficaces pour la protection des droits des créanciers, les nouvelles mesures avaient pour objectif d'établir une procédure plus souple, dispensant de l'obligation d'établir une preuve de l'intention de frauder.

En résumé, les effets des nouvelles dispositions se présentaient ainsi :

– La bonne foi de l'acquéreur était subordonnée à l'obtention d'un *affidavit*. Il est, à cet égard, important de souligner que la jurisprudence s'est montrée très exigeante quant au contenu de l'*affidavit* :

94 Lucien G. BOUCHER, *La vente en bloc*, Montréal, Éditions Thélème, 1985, p. 19-20.

L'acquéreur d'un fonds de commerce est donc dans une position moins avantageuse que les autres tiers : que le vendeur soit au moment de la vente insolvable ou qu'il ne le soit pas, l'acquéreur perd le bénéfice de la bonne foi dès lors qu'il ne requiert pas l'*affidavit* dont parle l'article 1569b C.c.B.C. Il semble que même si l'insolvabilité du vendeur survient après la vente, les personnes qui étaient créanciers du vendeur au moment de la vente pourront la faire annuler en l'absence d'*affidavit*. Dans le cas de l'action paulienne au contraire, l'acquéreur ne perd la bonne foi dans un contrat à titre onéreux que s'il connaît l'intention frauduleuse du débiteur ou si celui-ci est à sa connaissance insolvable⁹⁵.

– L'acquéreur avait l'obligation de payer les créanciers du vendeur à même le prix d'acquisition.

– Si l'acquéreur ne respectait pas ces obligations, l'absence d'*affidavit* avait pour conséquence d'annuler la vente en bloc⁹⁶, alors que la non-distribution du prix de vente rendait l'acquéreur personnellement responsable envers les créanciers du vendeur décrits dans l'*affidavit*⁹⁷.

L'article 1569b C.c.B.C. fut modifié en 1914⁹⁸. Cet amendement eut pour effet d'élargir le champ des créanciers à inclure dans l'*affidavit*. Les termes « fournisseurs non encore payés » furent ainsi remplacés par « tous les créanciers du vendeur ». La Loi exigeait, de plus, que chaque créance apparaisse à l'*affidavit*.

Certains ont pu dire que « [c]et amendement [...] et son résultat quant aux créanciers à inclure dans l'*affidavit* apparaissent très conformes à l'esprit paulien de cette législation. Le fonds de commerce constitue souvent la meilleure garantie de l'ensemble des créanciers du débiteur, que ces derniers soient créanciers à raison du commerce ou qu'ils le soient à titre purement personnel⁹⁹ ». D'autres ont cependant exprimé

95 Louis PAYETTE, « Vente en bloc », (1970) C. P. du N. 47-49.

96 C.c.B.C., art. 1569c.

97 *Id.*, art. 1569d.

98 *Loi amendant le Code civil relativement aux ventes de marchandises en bloc*, 4 Géo. V, c. 63, a. 1.

99 Lucien G. BOUCHER, *La vente en bloc*, Montréal, Éditions Thélème, 1985, p. 21.

des doutes sur la question de savoir si la déclaration devait indiquer toutes les dettes ou simplement celles relatives à l'objet de la vente¹⁰⁰.

B. Le nouveau contexte économique et juridique

La protection des créanciers n'a, en 2001, rien de comparable avec celle qui existait au début du siècle.

Les décisions relatives au crédit sont aujourd'hui prises grâce aux informations disponibles sur le marché (réseaux développés d'informations, historique du crédit à des coûts raisonnables). Un créancier peut donc évaluer le crédit de son débiteur et les risques reliés à la transaction.

Tout comme ailleurs en Amérique du Nord, d'autres lois ont été développées pour palier aux iniquités. Par exemple, à l'époque où les dispositions sur la vente en bloc furent promulguées, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹⁰¹ n'existait pas. Aujourd'hui, la loi fédérale assure la protection des créanciers contre les problèmes reliés à l'insolvabilité du débiteur.

Le régime des sûretés est aussi complètement renouvelé. En 1910, les sûretés mobilières étaient rarissimes. Depuis ce temps, elles n'ont cessé de croître et la consécration, en 1994, de l'hypothèque mobilière dans le *Code civil du Québec* aura marqué un virage important pour les créanciers de l'entreprise. Il n'est pas faux de penser aujourd'hui que l'entrepreneur ne deviendra pas insolvable avant d'avoir épuisé son crédit contre l'affectation de tous ses biens en garantie. Lorsque l'hypothèque des meubles en général, des biens futurs et la charge flottante sont autorisées, la protection des articles 1767 et suivants C.c.Q. n'a plus la même raison d'être.

Par ailleurs, les biens détenus en inventaire par les entrepreneurs sont de nos jours beaucoup moins considérables qu'ils ne l'étaient à l'époque.

100 OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, commentaires, t. 2, livres 5-9, p. 712; voir dans le même sens, le *Mémoire du Barreau du Québec sur le Code civil du Québec (projet de loi 125) - De la vente et de la donation*, juillet 1991, p. 23.

101 *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.C. 1997, c. 12.

Les dispositions sur la vente d'entreprise ont ainsi perdu de leur particularisme et de leur nécessité.

La refonte du *Code civil du Québec* a, par ailleurs, amélioré les recours des créanciers.

L'action paulienne — transfugée en action en inopposabilité¹⁰² — permet toujours d'assurer la préservation du gage commun en cas de fraude du débiteur. Toutefois — et bien que n'ayant pas subi d'assouplissement important quant à la charge de la preuve en 1994, les tribunaux sont aujourd'hui beaucoup plus réceptifs à la fraude paulienne qu'ils ne l'étaient auparavant¹⁰³.

De plus, selon la doctrine récente, dans le nouveau *Code civil du Québec*, la défense du gage commun des créanciers, pour contrer un débiteur qui fraude, ne se limiterait pas à l'action en inopposabilité : « [l]a charge de la preuve possible par témoins [...] incombant au demandeur en inopposabilité est très lourde. Aussi peut-on soutenir que l'action en inopposabilité, seule connue en pratique serait avantageusement remplacée par l'action pour fraude à la loi dans les cas les plus manifestes de montages juridiques destinés à spolier les créanciers¹⁰⁴ ».

La bonne foi est, depuis 1994, positionnée comme principe fondamental du *Code civil du Québec*. Sous l'ancien Code, la bonne foi tirait sa source de la notion d'équité. Dans le *Code civil du Québec*, c'est la loi qui impose la bonne foi à tous les stades du contrat :

Art. 6. Toute personne est tenue d'exercer ces droits civils selon les exigences de la bonne foi.

102 C.c.Q., art. 1631.

103 Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1999.

104 Maurice TANCELIN, *Des obligations – actes et responsabilités*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, no 915, p. 477. Voir, dans le même sens, Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 58 : « La bonne foi, en tant que principe général du droit peut être le fondement d'un recours devant les tribunaux et être sanctionnée par eux ».

Art. 7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

Art. 1375. La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.

Les conséquences engendrées par cette obligation seraient ainsi loin d'être négligeables. L'obligation légale de bonne foi conférerait un contenu renouvelé à l'article 1434 C.c.Q. en ce qui a trait à la loi. Par conséquent, comme l'article 1590 al. 3 dispose qu'en sus de l'exécution forcée, de la résolution ou de la résiliation, le créancier d'un débiteur qui n'exécute pas son obligation dispose « de tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en oeuvre de son droit à l'exécution de l'obligation », la révocation pour cause de l'article 1439 C.c.Q. constituerait l'un de ces moyens¹⁰⁵. Ainsi, l'action révocatoire pour cause sanctionnerait une contravention à l'obligation légale de bonne foi : « [l]es articles 6, 7 et 1375 ne sont pas des parures, mais des dispositions législatives de première importance dont l'application s'impose dorénavant aux cours de justice. [...] La jurisprudence contemporaine donne des signes encourageants en ce sens¹⁰⁶ ».

De façon particulière, l'obligation de bonne foi est encore sanctionnée à l'article 317 C.c.Q. :

Art. 317. La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public.

Le soulèvement du voile corporatif confère donc, en cas de fraude à la loi, un recours direct contre les auteurs qui tenteraient de se cacher derrière le voile de la personnalité juridique.

105 Maurice TANCELIN, *Des obligations – actes et responsabilités*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 490, p. 245.

106 *Id.*, n° 491, p. 246; 3102-2724 *Québec inc. c. Restaurant Casa Kosta inc.*, J.E. 94-1397 (C.S.); *Tony Renda Construction (Syndic de)*, J.E. 95-52 (C.S.); *Construction Actibec (1980) ltée c. Résidence Marro inc. et al.*, [1995] R.D.I. 16 (C.A.).

L'obligation d'honnêteté et de loyauté de l'administrateur dans l'intérêt de la personne morale constitue encore une autre dimension de l'obligation de bonne foi :

Art. 322, C.c.Q. L'administrateur doit agir avec prudence et diligence.

Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale.

Ainsi, l'actionnaire, l'administrateur ou le dirigeant de la personne morale qui vend son entreprise ou encore emploie le produit de la vente de manière abusive ou en fraude des droits des créanciers de la personne morale s'expose à des poursuites et à des condamnations¹⁰⁷.

CONCLUSION

L'analyse critique des dispositions sur la vente d'entreprise a permis de constater que les articles 1767 et suivants C.c.Q. ne protègent pas de façon efficace les créanciers.

Le fondement de la protection repose sur l'obtention par l'acquéreur d'une déclaration assermentée identifiant les créanciers du vendeur. Toutefois, comme il n'existe aucun mécanisme permettant de vérifier la véracité des déclarations effectuées par le vendeur — et que l'acquéreur n'a ici aucune obligation — rien ne vient faire obstacle à la mauvaise foi du vendeur. Les créanciers se retrouvent ainsi dépourvus, puisque la fausse déclaration du vendeur immunise l'acquéreur contre toute poursuite des créanciers.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où le vendeur est solvable et de bonne foi, il est intéressant de s'interroger sur la protection « réelle » accordée par ces mesures, compte tenu de la balance des inconvénients qu'elles comportent pour le vendeur et l'acquéreur.

De plus, aujourd'hui, la majorité des entreprises sont exploitées sous la forme de sociétés par actions. Par conséquent,

107 Patrice VACHON, *La vente d'entreprise*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel, 1997, p. 378.

les ventes d'entreprises s'effectuent très souvent par le biais de transactions sur des valeurs mobilières qui échappent aux dispositions sur la vente d'entreprise.

La protection offerte par les dispositions sur la vente d'entreprise apparaît donc bien aléatoire.

L'analyse des dispositions a aussi permis de constater que la lourdeur des formalités risque de retarder considérablement, voire même de compromettre, de nombreuses ventes d'entreprises.

Sous le Code civil du Québec, devant les difficultés engendrées par l'application des textes aux transactions courantes, il arrivait fréquemment que les parties à une vente en bloc renoncent aux bénéfices des dispositions. Compte tenu de l'alourdissement des nouvelles mesures, les entrepreneurs pourraient être incités à maintenir cette pratique¹⁰⁸.

Les articles 1767 à 1778 C.c.Q. — on a trop tendance à l'oublier — constituent un régime d'exception, exorbitant du droit commun. Il n'existe à aucun autre endroit dans le Code des dispositions assujettissant à des formalités aussi contraignantes la vente par une personne d'un bien qui lui appartient. La bonne foi se présume toujours aux termes de l'article 2805 C.c.Q. Par conséquent, considérant ce caractère exceptionnel des dispositions, comment expliquer cette obligation d'énumérer tous les créanciers du vendeur ? Il est vrai que l'entreprise fait partie du gage commun des créanciers du vendeur et, dans certains cas, constitue même son principal actif. Cependant, très souvent, en pratique, le vendeur est une personne morale et seules les dettes de cette dernière doivent être dénoncées. Il en va de même pour les sociétés de personnes. Cette exigence n'est pas pratique et très difficile à remplir. Elle pourrait même être considérée injustifiable à la lumière des articles 4¹⁰⁹ et 15¹¹⁰ des *Chartes* québécoise et canadienne, en vertu desquelles toute personne a le droit à la jouissance paisible

108 Louis PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 329.

109 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 4.

110 *Loi de 1982 sur le Canada (Partie 1 – Charte canadienne des droits et libertés)*, L.C.1982, c. 11 (R.U.) dans L.R.C. (1985), App. 11, no 44, art. 15.

et à la libre disposition de ses biens. Il s'agit d'une conclusion à laquelle en sont arrivées certaines cours américaines en mentionnant que ces lois créaient une « class legislation » en ne distinguant pas entre les transactions honnêtes et frauduleuses¹¹¹.

L'examen des législations canadiennes et américaines a, par ailleurs, permis de relever qu'une majorité de ces législatures avait abrogé leur loi au cours des dernières années. Dans les autres cas, le champ d'application des législations a été considérablement réduit et les sanctions amoindries. En fait, aucune des lois sur la vente en bloc actuellement en vigueur sur le continent nord-américain n'a de commune mesure avec les dispositions sur la vente d'entreprise du *Code civil du Québec*

Le constat est d'autant plus surprenant que, pour les mêmes motifs que ceux exprimés par nos voisins canadiens et américains, ces dispositions ont perdu de leur particularisme et de leur nécessité. L'industrie du crédit s'est sophistiquée; un créancier peut aujourd'hui évaluer le crédit de son débiteur et les risques reliés à la transaction. Des lois ont été développées pour pallier les iniquités. Le régime des sûretés est aussi complètement renouvelé et les recours des créanciers ont été améliorés. Par ailleurs, les biens détenus en inventaire sont beaucoup moins importants de nos jours qu'ils ne l'étaient auparavant.

Comment alors expliquer l'élargissement du champ d'application et l'alourdissement des formalités en 1994 à contre-courant de l'évolution du droit ?

Par conséquent, si l'on considère les nombreuses difficultés d'application des textes; l'illusion de protection conférée aux créanciers par les dispositions; et encore le nouveau contexte juridique entourant la protection des créanciers; il serait souhaitable que le législateur abroge purement et simplement les dispositions ou, à tout le moins, assouplisse certains de ces principes en fonction des commentaires de ce texte. De plus, si le législateur devait privilégier cette dernière hypothèse, certains mécanismes tels la publication de la vente et la dispense judiciaire utilisés ailleurs au Canada et aux États-Unis auraient avantage à être introduits au *Code civil du Québec*.

111 T. BILLING, « *Bulk Sales Law : A Study in Economic Adjustments* », (1928) 77 *U. Pa. L. Rev.* 72, 77.