

L'HARMONISATION DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE EN MATIÈRE DE FAILLITE ET D'INSOLVABILITÉ AVEC LE DROIT CIVIL DE LA PROVINCE DE QUÉBEC : QUELQUES PROBLÉMATIQUES

Par Alain Vauclair¹,
avocat-conseil,
Section du Code civil,
ministère de la Justice du Canada

Par Martin-François Parent¹,
conseiller juridique,
Section du Code civil,
ministère de la Justice du Canada

Introduction

Le présent texte a pour but de faire le point sur le travail du ministère de la Justice du Canada en ce qui concerne l'harmonisation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*² [ci-après *L.F.I.*] avec le droit civil du Québec. Nous avons voulu y traiter de quelques-unes des problématiques les plus importantes mais également les plus passionnantes que cette harmonisation présente. Comme nos travaux en sont à une étape encore préliminaire, nous nous sommes limités à ne livrer ici qu'un ensemble d'observations et de constats. À cet égard, il importe de noter qu'aucune recommandation de modification législative n'est ici proposée, pas plus qu'elle ne devrait se déduire des propos qui suivent. En revanche, nous serons forts heureux de recueillir tous les commentaires que vous pourriez formuler au sujet de l'une ou l'autre de ces problématiques d'harmonisation.

En termes généraux, l'harmonisation consiste, d'abord, à réviser toutes les lois et tous les règlements fédéraux dont l'application requiert le recours au droit privé provincial et, ensuite, à en harmoniser le contenu de sorte qu'ils intègrent les notions, concepts et vocabulaire du droit civil québécois. L'harmonisation des lois fédérales avec le droit civil québécois consiste, ainsi, à refléter l'interaction du droit fédéral avec le droit privé.

Le droit privé canadien émane de deux traditions juridiques distinctes : le droit civil et la *common law*. La tradition civiliste tient son origine du droit français introduit par la colonisation, aboli par la cession de la Nouvelle-France à l'Angleterre et rétabli par le Parlement de Londres par l'*Acte de Québec*. La tradition de *common law*, de son côté, est issue des colonies britanniques qui se sont jointes peu à peu à la fédération canadienne. Afin d'établir les pouvoirs des divers parlements de la nouvelle fédération, la Constitution canadienne a partagé les compétences législatives sur le droit privé entre les législateurs provinciaux — une compétence générale en matière de propriété et de droit civil — et le législateur fédéral — une compétence exceptionnelle sur certaines matières dont la faillite et l'insolvabilité. La nature exceptionnelle de la compétence du législateur fédéral en matière de droit privé explique, au moins en partie, les liens de dépendance qui unissent la législation fédérale et la législation provinciale. Interagissant avec deux traditions juridiques distinctes, la législation fédérale est, à cet égard, bijuridique.

À travers le monde, les cas de bijuridisme sont nombreux. Le plus souvent, il est le résultat de la juxtaposition de deux systèmes juridiques. Ce qui est particulier dans l'exemple canadien est la présence de deux traditions juridiques distinctes au sein d'un même corpus législatif. On peut, en conséquence, qualifier la législation fédérale en matière de droit privé de « droit mixte » ou, plus exactement, de « droit privé mixte ». Ce qui est encore plus particulier, au Canada, est que cette

¹ Respectivement avocat-conseil et conseiller juridique à la Section du Code civil du ministère de la Justice du Canada. Nous tenons à remercier M^e Annie Paré et M^e Michael Keiver, conseillers juridiques à la Section du Code civil, pour leur précieuse collaboration et leurs judicieux conseils.

² L.R.C. 1985, c. B-3.

« mixité » évolue en contexte de bilinguisme. On peut dire de l'expérience canadienne en matière d'harmonisation qu'elle est, à cet égard, tout à fait unique.

Concrètement, le bijuridisme canadien représente un défi de taille pour le législateur fédéral. Ce dernier doit non seulement tenir compte des particularités conceptuelles et terminologiques respectives du droit civil et de la *common law*, mais il doit aussi tenir compte des nombreux changements qu'a entraînés la réforme du droit civil en 1994. En effet, le législateur québécois a alors abandonné de vieux concepts de droit civil pour en introduire de nouveaux. Au point de vue terminologique, certains termes sont devenus désuets alors que de nouvelles expressions sont nées. C'est pourquoi le législateur fédéral a choisi de procéder à une véritable harmonisation de ses lois avec le droit civil québécois.

Toutefois, il est possible de trouver des normes juridiques faisant appel à aucune des deux traditions juridiques. On dira alors que la norme se « dissocie » du droit privé des provinces et qu'elle est une forme de « droit autonome ». Dans ces cas, l'harmonisation ne sera pas nécessaire puisque l'on ne pourra pas relier la norme à l'une ou l'autre des deux traditions juridiques.

Dans ce texte, nous verrons, en premier lieu, les liens complémentaires qui unissent la *L.F.I.* et le droit privé des provinces. Par la suite, nous aborderons quelques problématiques que soulève l'harmonisation de la *L.F.I.* avec le droit civil québécois.

1. Liens complémentaires entre la *L.F.I.* et le droit privé des provinces

1.1. Les origines historiques de la *L.F.I.*

Un retour dans l'histoire n'est pas sans intérêt pour comprendre les enjeux de l'harmonisation de la *L.F.I.* avec le droit civil québécois. Il permet de constater les liens complémentaires qui se sont tissés au fil des ans entre une loi d'inspiration britannique et un droit commun d'origine civiliste. Nous verrons d'abord l'adoption des premières lois de faillite canadiennes, puis l'abrogation des lois de faillite, le contexte de l'adoption de la loi de faillite moderne et, enfin, la loi actuelle.

Adoption des premières lois de faillite au Canada (1774-1880)

Le rétablissement de l'usage du droit coutumier français en 1774³ a engendré au Québec une longue période de confusion judiciaire en matière commerciale⁴ : insistance de la part de sujets anglophones pour importer les règles de la *common law*, résistance des sujets francophones attachés à la *Coutume de Paris* et aux ordonnances royales françaises.⁵

Une fois mâtée la révolte des Patriotes, le Conseil spécial du Bas Canada, nommé titulaire du pouvoir législatif colonial par le Parlement de Londres, a procédé, entre 1838 et 1841, à l'adoption de nombreuses lois commerciales d'inspiration britannique dont la première loi de faillite canadienne.⁶ Dès 1843, on a étendu l'application de cette loi à l'ensemble du Canada-Uni.⁷ La principale refonte de cette loi, en 1864,⁸ a tout juste précédé l'adoption du *Code civil du Bas Canada*⁹ [ci-après *C.C.B.C.*] dans lequel on retrouvait de nombreuses dispositions régissant la faillite et l'insolvabilité, dont l'action paulienne.¹⁰ Ces dispositions relèveront, à partir de la Confédération, de la compétence exclusive du législateur fédéral.¹¹ En 1875, ce dernier a abrogé les lois de faillite dont s'étaient dotées l'Île-du-Prince-Édouard et la Colombie-Britannique, et a fait de sa propre loi de faillite la seule loi applicable au Canada en ce domaine.¹²

Abrogation des lois de faillite (1880-1919)

À la suite d'une crise économique majeure marquant les années 1870, le législateur fédéral a pris la décision d'abroger sa loi de faillite.¹³ En Chambre, lors des débats houleux entourant l'adoption du projet de loi procédant à cette abrogation, on a opiné que les créanciers dont les débiteurs connaîtraient de graves problèmes financiers pourraient s'en remettre au droit privé des

³ *An Act for Making More Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America, 1774* (R.-U.) 14 Geo III, c. 83; reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2.

⁴ M. Greenwood, « Lower Canada (Quebec): Transformation of Civil Law, from Higher Morality to Autonomous Will, 1774-1866 », (1996) 23 Man. L.J. 132. En outre, l'auteur évoque l'affaire *Hutchinson c. Gillespie*, où un juge a déclaré qu'aucune loi ne pouvait recevoir application en matière de déconfiture puisque la *common law* d'Angleterre avait été proscrite en matière privée depuis l'*Acte de Québec*, d'une part, et qu'aucune des ordonnances de l'ancien régime n'avait été enregistrée par le Conseil souverain du Québec, d'autre part. *Hutchinson c. Gillespie*, [1844] 4 Moo. P.C. 378, 13 E.R. 349 (P.C.). Le Conseil souverain de Québec était un organisme administratif et judiciaire dont les pouvoirs s'apparentaient à ceux détenus par les parlements français de l'époque. J.-G. Castel, *The Civil Law System of the Province of Quebec*, Toronto, Butterworths, 1962 aux pp. 15-20. Voir aussi H. Neatby, *The Administration of Justice under the Quebec Act*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1937 aux pp. 15-17, 155-160; J.-M. Brisson, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986 aux pp. 34-39.

⁵ La *Coutume de la prévôté et Vicomté de Paris* ou *Coutume de Paris*, publiée en 1580 et reconnue par Louis XIV en 1664, consacrait quatre livres au droit commercial et au recouvrement de dettes. L'application de la *Coutume de Paris* s'est étendue à la Nouvelle-France à la suite de l'*Édit établissant la Compagnie des Indes orientales* de 1664. Outre la *Coutume de Paris*, l'*Édit de 1543 sur le droit commercial*, le *Code Marchand*, l'*Ordonnance sur le commerce*, l'*Ordonnance civile de 1667*, appelé aussi *Code Louis*, et l'*Ordonnance sur les hypothèques* de 1673 constituaient les règles applicables en matière d'insolvabilité. Voir J.A. Dickinson, « New France : Law, Courts, and the Coutume de Paris, 1608-1760 », (1996) 23 Man. L.J. 32 aux pp. 42-43.

⁶ *Ordonnance concernant les Banqueroutiers, et l'administration et la distribution de leurs effets, et de leurs biens*, L.B.-C. 1839, c. 36 (Conseil spécial). Dix ans plus tard, le système de l'*insolvency* est lui aussi importé d'Angleterre et consacré dans l'*Acte pour abolir l'emprisonnement pour dette et punir les débiteurs frauduleux dans le Bas Canada, et pour d'autres objets*, S.C. 1849, c. 42. Cette loi avait pour but d'organiser la cession de biens et la libération physique des débiteurs.

⁷ *Acte pour abroger une Ordonnance du Bas Canada intitulée, Ordonnance concernant les Banqueroutiers et l'administration et la distribution de leurs biens et de leurs effets, et pour établir des dispositions sur le même objet dans toute la Province du Canada*, S. Prov. c. 1843, c. 10.

⁸ *Acte concernant la faillite*, S.C. 1864, c. 17, par. 1.

⁹ L.Q. 1865, c. 41.

¹⁰ Il s'agit des articles 17(23), 749, 750, 803, 1032-1040, 1092, 1118, 1119, 1175, 1497, 1754, 1755(4), 1790, 1844, 1892(4), 1946, 1947, 1953(2), 1998, 2023, 2085 et 2090 C.C.B.C.

¹¹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3., par. 91(21).

¹² *Acte concernant la faillite*, S.C. 1875, c. 16, art. 149.

¹³ *Acte à l'effet d'amender « l'Acte de faillite de 1875 » et ses amendements*, S.C. 1881, c. 27.

provinces.¹⁴ Considérant cette curieuse situation, le Conseil privé d'Angleterre a reconnu aux législateurs provinciaux le pouvoir d'occuper le champ de compétence attribué au législateur fédéral.¹⁵ C'est ainsi qu'on a adopté, dans les provinces de *common law*, des lois sanctionnant les paiements frauduleux¹⁶ et, au Québec, des modifications au *Code de procédure civile* [ci-après *C.P.C.*] régissant le dépôt volontaire.¹⁷

Adoption de la loi de faillite moderne (1919-1949)

Après un silence de près de quarante ans, le législateur fédéral a repris l'exercice de sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité.¹⁸ Il est bon de noter que le ministre de la Justice de l'époque avait souligné en Chambre l'importance, pour le législateur fédéral, de respecter le droit privé des provinces et, en particulier, le droit civil de la province de Québec.¹⁹ Ces nobles intentions ne se sont toutefois pas concrétisées dans la *Loi de faillite*,²⁰ directement inspirée de la *Loi sur la faillite* britannique.²¹ C'est ainsi que le législateur fédéral a importé dans la législation canadienne de nombreux mécanismes étrangers au droit civil québécois dont la cession de biens, la pétition en faillite, l'ordonnance de séquestre, pour en nommer que quelques-uns.

Loi actuelle (1949-2000)

Depuis 1949, le législateur fédéral a révisé la *L.F.I.* à quelques reprises. Ces révisions ont été l'occasion, pour ce dernier, d'introduire de nouveaux mécanismes dont la proposition de consommateur, les questions reliées à l'environnement, les règles encadrant l'exercice des recours des créanciers garantis, la faillite internationale, la faillite des courtiers en valeurs mobilières, entre autres.²² Toutefois, le cœur et l'âme de la *L.F.I.* demeurent fortement imprégnés de *common law*. De son côté, le législateur québécois a lui aussi procédé à une révision législative et a introduit le

¹⁴ *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada* (19 février 1880) aux pp. 76 et s. Ces débats indiquent qu'en Ontario et au Nouveau-Brunswick, il existait des lois permettant aux créanciers de saisir les biens d'un débiteur et de les remettre au shérif qui les conservait afin de protéger les droits des créanciers. À part les dispositions du *C.C.B.C.* concernant l'insolvabilité, aucune loi de ce genre n'existait ailleurs au pays.

¹⁵ Selon le Conseil privé, une loi fédérale concernant la faillite et l'insolvabilité pouvait comporter des dispositions ancillaires portant sur des matières relevant de la compétence des provinces. Les législatures provinciales se voyaient alors dans l'impossibilité de contredire de telles dispositions. Toutefois, étant donné l'absence de législation fédérale concernant la faillite et l'insolvabilité, le Conseil privé a conclu que la loi ontarienne faisant l'objet du litige n'empiétait pas la compétence exclusive accordée au Parlement fédéral en matière de faillite et d'insolvabilité. *Attorney General of Ontario c. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.).

¹⁶ Bien que le législateur fédéral occupe ce champ de compétence de nos jours, les provinces ont encore des lois en vigueur sur le sujet : *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.N. 1990, c. F-24, art. 3; *Assignments and Preferences Act*, R.S.N.S. 1989, c. 25, art. 4; *Loi sur les cessions et préférences*, S.R.N.-B. 1973, c. A-16, art. 2; *Frauds on Creditors Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15, art. 2; *Loi sur les cessions et préférences*, L.R.O. 1990, c. A.33, par. 4(1); *Loi sur les cessions en fraude des droits des créanciers*, L.R.O. 1990, c. F.29, art. 2; *Loi sur les transferts frauduleux de biens*, L.R.M. 1987, c. F160, art. 2; *Fraudulent Preferences Act*, R.S.S. 1978, c. F-21, art. 3; *Fraudulent Preferences Act*, R.S.A. 1980, c. F-18, art. 2; *Fraudulent Conveyance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 142, art. 1; *Fraudulent Preference Act*, R.S.B.C. 1979, c. 143, art. 3; *Loi sur les préférences et les transferts frauduleux*, L.R.Y. 1986, c. 72, art. 2. Voir aussi art. 1631 *C.C.Q.* (action en inopposabilité).

¹⁷ *Loi amendant le Code de procédure civile concernant la saisie des salaires ou gages*, L.Q. 1903, c. 57. On a longtemps surnommé cette loi *Loi Lacombe* du nom du député qui avait proposé ces modifications. Celles-ci sont, par ailleurs, encore en vigueur. Voir art. 652 *C.P.C.* et s.

¹⁸ Entre 1880 et 1919, le législateur fédéral n'occupe pas le champ de compétence qui lui a été attribué en 1867 en matière de faillite et d'insolvabilité sauf, en 1882, lorsqu'il adopte une loi, toujours en vigueur, ne s'appliquant qu'aux compagnies en état d'insolvabilité. *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11. Toutefois, lorsqu'une compagnie fait une cession de biens ou qu'un tribunal compétent rend une ordonnance de séquestre à son endroit, l'application de cette loi est suspendue. art. 213 *L.F.I.*

¹⁹ *Débats de la Chambre des communes* (28 mars 1919) à la p. 968.

²⁰ L.C. 1919, c. 36.

²¹ *An Act to Consolidate the Law Relating to Bankruptcy* (R.-U.), 1914-1916, c. 59 [ci-après *Loi de faillite anglaise de 1914*]. Voir A. Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, t. 1, Montréal, Thémis, 1992 aux pp. 9-18.

²² *Loi modifiant la Loi sur la faillite*, L.C. 1966-67, c. 32; *Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. 1992, c. 27; *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, L.C. 1997, c. 12.

Code civil du Québec²³ [ci-après C.C.Q.] comprenant, notamment, une révision en profondeur du régime des sûretés.

On peut retenir de ce qui précède que les enjeux concernant l'harmonisation de la *L.F.I.* avec le droit civil québécois ont marqué l'histoire législative canadienne. Si l'on a reconnu l'importance de la tradition de droit civil, si l'on a reconnu les liens complémentaires qui unissent la loi de faillite fédérale avec le droit privé des provinces, il n'en demeure pas moins que l'harmonisation de la *L.F.I.* présente un problème de fond, soit l'arrimage d'une loi fédérale inspirée d'un modèle britannique à une tradition civiliste récemment modernisée.

1.2. La reconnaissance jurisprudentielle des liens complémentaires unissant la *L.F.I.* au droit privé

La jurisprudence a reconnu les liens complémentaires unissant la *Loi sur la faillite* fédérale et le droit privé de la province de Québec. Cela a donné lieu à des passages forts intéressants émanant du plus haut tribunal du pays. Il s'agit des propos du juge Beetz dans l'affaire *Robinson* ainsi que ceux du juge Pigeon dans l'affaire *Rainville*.

*L'affaire Robinson c. Countrywide Factors Ltd*²⁴

Dans l'affaire *Robinson*, il était question de la validité du recours d'un syndic de la Saskatchewan qui s'était appuyé sur les dispositions du *Fraudulent Preferences Act*²⁵ pour faire annuler un paiement qu'il croyait frauduleux. Cette affaire s'est rendue jusqu'en Cour suprême du Canada où l'on a débattu de la constitutionnalité de la loi provinciale en regard du partage des compétences. Considérant cette question, le juge Beetz a souligné les liens qui unissent le droit privé des provinces au droit de la faillite en déclarant que :

« L'insolvabilité est au centre des parties de la *common law* et du droit civil qui traitent notamment d'hypothèque, de nantissement, de gage, de cautionnement et de garantie des créances en général qui sont implicitement ou explicitement fondées sur le risque d'insolvabilité et qui produisent leur plein effet lorsque le risque est devenu réalité (...) ».²⁶

Le juge a poursuivi en déclarant que « le Parlement ne peut facilement exercer sa compétence principale et ses pouvoirs accessoires sans un certain degré de chevauchement, auquel cas la loi fédérale prévaut (...) ».²⁷ En conclusion, il a repris les termes mêmes du paragraphe 72(1) de la *L.F.I.* en ajoutant qu'en édictant cet article « le Parlement, loin de renoncer à la règle d'incompatibilité d'application, a en fait visé au plus haut niveau possible d'intégration légale des lois fédérales et provinciales ».²⁸

²³ L.Q. 1991, c. 64.

²⁴ *Robinson c. Countrywide Factors Ltd*, [1978] 1 R.C.S. 753 [ci-après *Robinson*].

²⁵ R.S.S. 1965, c. 397.

²⁶ *Robinson*, *supra* note 24 à la p. 804.

²⁷ *Ibid.* à la p. 805.

²⁸ *Ibid.* à la p. 809. Le paragraphe 72(1) de la *L.F.I.* prévoit que :

« la présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi ».

L'affaire Rainville²⁹

Une des plus célèbres citations du juge Pigeon se trouve dans le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rainville*.³⁰ Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si l'on devait reconnaître pour les fins de la *Loi sur la faillite*, le privilège qu'une loi provinciale accordait à la Couronne. Le juge Pigeon, après avoir brièvement résumé les faits et les prétentions des parties, y est allé d'une observation d'une pertinence étonnante dans le contexte du programme d'harmonisation fédéral actuel. Il déclare :

« On touche ici à un problème majeur dans l'interprétation de la législation fédérale et il convient pour bien en juger de s'arrêter un instant à considérer la difficulté de la tâche des rédacteurs de ces lois. Ils doivent non seulement élaborer un texte législatif dans les deux langues mais aussi le plus souvent le faire en fonction de deux systèmes juridiques différents : le droit civil du Québec et la *common law* des autres provinces. Dans la législation sur la faillite qui tranche à chaque instant dans les domaines du droit provincial public et privé, la tâche est particulièrement ardue. Il ne faut donc être surpris d'y rencontrer d'énormes difficultés. Au surplus, inutile de le cacher, la *Loi sur la faillite* de 1949 comme la *Loi de faillite* de 1919 est non seulement inspirée presque totalement de source anglaise mais aussi médiocrement servie par le rédacteur de la version française ». ³¹

Cette déclaration a été récemment citée par les juges de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Château d'Amos*.³²

1.3. La formation d'une équipe de travail au sein du ministère de la Justice pour l'harmonisation de la L.F.I.

Reconnaissant l'existence des liens complémentaires unissant la L.F.I. avec le droit civil québécois et devant la complexité des enjeux soulevés par l'harmonisation de la loi fédérale, le ministère de la Justice du Canada a choisi de procéder à la révision de celle-ci à titre de projet pilote d'harmonisation. À cet effet, des professeurs ont été consultés et une équipe de travail a été constituée.

Études des professeurs

Depuis 1995, le ministère de la Justice a approché une impressionnante brochette d'experts dans divers domaines juridiques — soit les professeurs Jacques Deslauriers, Albert Bohémier, Jacques Auger et Roderick Macdonald — afin de poser un premier diagnostic sur le travail d'harmonisation à accomplir en matière de faillite et d'insolvabilité. Ces derniers ont tous affirmé la nécessité de procéder à l'harmonisation de la L.F.I. Le professeur Albert Bohémier concluait un article consacré à ce sujet en affirmant que « [l']auteur demeure néanmoins convaincu que

²⁹ *Sous-ministre du Revenu (Québec) c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 [ci-après *Rainville*].

³⁰ Ce passage, plutôt long, est tout de même souvent cité intégralement. Voir par exemple R. P. Simard et A. Leduc, « Affaire Château d'Amos : intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral? », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif*, vol. 131, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 85 à la p. 87 [ci-après « Deux intérêts inconciliables? »]; D. S. Goldstein et Y. Goldstein, « The impact of the Civil Law on Bankruptcy and Insolvency Practice in Quebec or Whose Bankruptcy and Insolvency Act Is It Anyway? », dans *Pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics : Conférences commémoratives Meredith 1998-1999*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 253 à la p. 256.

³¹ *Rainville*, supra note 29 à la p. 41.

³² *Château d'Amos Ltée (syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 à la p. 2633 (C.A.) [ci-après *Château d'Amos*].

l'adoption de solutions appropriées quant aux sujets abordés améliorerait grandement la situation actuelle » [soulignement ajouté].³³

Les professeurs Jacques Auger, Albert Bohémier et Roderick A. Macdonald étaient un peu plus explicites en écrivant, dans les premières pages d'un article portant sur le traitement des créanciers dans la *L.F.I.*, qu'« [i]l est clair que la *L.F.I.* et le Code civil sont dans une situation d'interdépendance réciproque et il importe de ce fait que la plus grande harmonie règne entre eux » [soulignement ajouté].³⁴

Pour des raisons diverses, toutefois, les premières tentatives d'harmonisation de la *L.F.I.* avec le droit civil québécois, notamment la modification de la définition de « créancier garanti », ne se sont pas concrétisées en texte législatif.³⁵ Pourtant, comme l'affirmait le professeur Jacques Deslauriers, « [l]'harmonisation entre la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et le *Code civil du Québec* est urgente » [soulignement ajouté].³⁶

L'opinion de ces experts achève de nous convaincre de l'incontournable et pressante tâche que représente l'harmonisation de la *L.F.I.* avec le droit civil québécois.

Constitution de l'équipe faillite

En juillet 1999, la Section du Code civil a procédé à la constitution d'une équipe de juristes à qui l'on a confié le mandat de procéder à la révision de la *L.F.I.* et des *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*³⁷ [ci-après R.G.F.I.] dans le but d'harmoniser ces textes en entier avec le droit civil québécois. Un partenariat a aussi été mis en place avec Industrie Canada, ministère responsable de cette loi. Suite à ses travaux préliminaires, cette équipe a constaté la présence au sein de la *L.F.I.* de problèmes propres à cette loi ainsi que d'autres problèmes tout aussi importants mais plus généraux. C'est ce que nous verrons maintenant.

2. Problèmes propres à la *L.F.I.*

2.1. La définition de créancier garanti

La définition de « créancier garanti » est une des dispositions les plus importantes de la *L.F.I.* et l'harmonisation de cette définition avec le droit civil québécois implique des conséquences économiques pour les créanciers participant à une faillite qui, certes, ne sont pas négligeables. Elle soulève, en ce qui concerne notre propos, une problématique en plusieurs volets soit : la désuétude de la terminologie qu'elle continue d'employer, la nature des mécanismes qui confèrent le statut de créancier garanti et la question des « sûretés propriétés » et des « sûretés-fiducies ». Nous verrons aussi en quoi consistaient les propositions de modification des premiers projets de loi d'harmonisation.

³³ A. Bohémier, « Recherche de bijuridisme : la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997, 863 à la p. 909 [ci-après « Recherche de bijuridisme »].

³⁴ J. Auger, A. Bohémier et R. A. Macdonald, « Le traitement des créanciers dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et les mécanismes de garantie du droit civil du Québec » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997, 911 à la p. 916 [ci-après « Le traitement des créanciers »].

³⁵ Toutefois, le 31 janvier 2001, le premier projet de loi d'harmonisation était réintroduit au Sénat. On pourra y référer comme Projet de loi S-4.

³⁶ J. Deslauriers, « Le projet de loi S-22 et l'harmonisation de la *Loi sur la faillite* avec le *Code civil du Québec* », Conférence de l'Association du Barreau canadien, Québec, 24 octobre 2000 à la p. 2 [ci après « Conférence sur le projet de loi S-22 »].

³⁷ DORS/98-240.

Terminologie désuète

La définition de créancier garanti que l'on trouve à l'article 2 de la *L.F.I.* renvoie à des concepts de droit privé, plus précisément à ceux du domaine des sûretés.³⁸ C'est le cas, par exemple, du « nantissement » et du « privilège ». Sous l'empire du *C.C.B.C.*, la présence des termes « nantissement » et « privilège » dans l'énumération de la définition de créancier garanti et le traitement jurisprudentiel dont ils ont fait l'objet permettaient une certaine adéquation entre le *C.C.B.C.* et la *L.F.I.* Les sûretés réelles qui étaient reconnues par le *C.C.B.C.* l'étaient aussi par la *L.F.I.*, sous réserve de l'application du paragraphe 70(1) et de l'article 136 de la *L.F.I.* et de l'interprétation tirée de l'expression « sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens à titre de garantie d'une dette ».

L'entrée en vigueur du *C.C.Q.*, le 1^{er} janvier 1994, a modifié de façon importante le droit des sûretés. Sous réserve des dispositions transitoires prévues par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*,³⁹ les privilèges créés par le *C.C.B.C.* ou découlant de lois spéciales ont été abolis. Pour le bénéfice de certains créanciers, le législateur a introduit un nouveau concept : les priorités. Or, les « priorités » ne sont pas de même nature que les « privilèges ». Sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à leur inscription pour en bénéficier, elles confèrent un droit de préférence qui supplante, en principe, celui des créanciers hypothécaires, peu importe la date de l'inscription de l'hypothèque.⁴⁰ Par conséquent, l'énumération que l'on retrouve à la définition de « créancier garanti » prévue par la *L.F.I.* comporte une terminologie désuète.

Les sûretés réelles

La définition de « créancier garanti » énumère une série de mécanismes de sûreté portant « sur ou contre les biens du débiteur ou une partie de ses biens à titre de garantie d'une dette ». Il découle de ceci que seules les sûretés réelles sont visées par cette définition. Or, les priorités ne constituent pas des droits réels.⁴¹ Leurs titulaires ne peuvent pas, par conséquent, recevoir le titre de « créancier garanti ». C'est ce qui ressort de la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Château d'Amos*.⁴² Réagissant à cet arrêt, l'Assemblée nationale a déposé et adopté un projet de loi modifiant le *C.C.Q.* afin d'y introduire le concept de « priorité constitutive de droits réels » en faveur des municipalités et commissions scolaires.⁴³ La question semble réglée dans le cas de ces dernières.⁴⁴

³⁸ La définition se lit comme suit :

« Personne détenant une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir, ou personne dont la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire et dont le débiteur n'est responsable qu'indirectement ou secondairement. »

³⁹ L.Q. 1992, c. 57.

⁴⁰ Sous réserve du droit de prise en paiement du créancier hypothécaire. Voir *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Banque nationale du Canada*, [1999] R.J.Q. 950 (C.A.). *Contra* : *Château d'Amos*, *supra* note 32.

⁴¹ M^e Louis Payette rappelle à ce sujet que :

« [I]e code ne définit pas la priorité comme un droit réel, comme il le fait dans le cas de l'hypothèque. Il ne lui confère que quelques-uns des attributs de l'hypothèque; il n'en fait découler aucun droit de suite [...]. Dans ce contexte, il faut conclure que la priorité constitue un droit de préférence *sui generis* qui ne peut sans doute pas être caractérisé comme un droit réel ».

L. Payette, « Des priorités et des hypothèques », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 23 à la p. 66.

⁴² *Château d'Amos*, *supra* note 32 à la p. 2626.

⁴³ *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 1999, c. 90, art. 42-43. Voir art. 2654.1 C.C.Q.

⁴⁴ Il semble y avoir à ce sujet un certain consensus au sein de la communauté juridique. Voir « Deux intérêts inconciliables? », *supra* note 30 à la p. 87.

En ce qui concerne les autres créanciers prioritaires, c'est une autre histoire. Par exemple, il n'a jamais été clairement établi par la jurisprudence si l'attribution au rétenteur du titre de « créancier garanti » était attribuable au droit de rétention lui-même ou au privilège qui s'y rattachait. Le professeur Jacques Deslauriers qualifie cette incertitude de « problème grave » et affirme que « [m]ême si avant 1994, le rétenteur se voyait ainsi reconnaître le statut de créancier garanti dans une faillite, ce statut de créancier garanti est devenu très incertain suite aux modifications du nouveau code. On peut même affirmer que ce statut est devenu inexistant ».⁴⁵

Enfin, la priorité pour les créances fiscales de l'État et la priorité pour frais de justice deviennent inapplicables aux biens qui sont liquidés par le syndic puisqu'ils sont régis, respectivement, par les articles 86 et 136 de la *L.F.I.*

Les « sûretés-propriétés » et les « fiducies-sûretés »

Outre les priorités et les hypothèques, des mécanismes mettant en jeu le droit de propriété peuvent aussi servir à garantir l'exécution d'une obligation. On peut penser ici à la vente à tempérament,⁴⁶ à la vente sous condition résolutoire⁴⁷ ou à la vente avec faculté de rachat.⁴⁸ On qualifie ces mécanismes de « sûretés-propriétés ».⁴⁹

La *L.F.I.* permet à leurs bénéficiaires, sous réserve de certaines formalités prescrites par le droit privé des provinces, de réclamer du syndic la possession des biens visés au moyen de la procédure prévue à l'article 81 de la *L.F.I.* Ces créanciers-proprétaires sont en quelque sorte des étrangers à la faillite, bien davantage encore que ne le sont les créanciers garantis. Ces derniers sont en effet soumis à certaines mesures qui n'affectent pas les créanciers-proprétaires.

Lorsque le *C.C.B.C.* était en vigueur, le traitement que la *L.F.I.* réservait aux créanciers-proprétaires était similaire à celui qu'ils recevaient en droit civil. En effet, le législateur québécois n'interdisait pas l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie et il permettait ainsi aux créanciers de se doter de mécanismes de garanties souvent plus efficaces que les sûretés réelles.

L'entrée en vigueur du *C.C.Q.* a entraîné un grand changement à cet égard puisque dorénavant l'exercice des droits découlant de la vente à tempérament et de la vente avec faculté de rachat, lorsque le débiteur exploite une entreprise, ainsi que de la vente immobilière sous condition résolutoire est soumis aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires. Il en va de même pour l'exercice des droits relatifs à une fiducie à titre onéreux garantissant l'exécution d'une obligation.⁵⁰ Ainsi, selon les professeurs Jacques Auger, Albert Bohémier et Roderick A. Macdonald, l'écart entre, d'un côté, les sûretés traditionnelles et, de l'autre, certaines sûretés-propriétés et fiducies-sûretés s'amenuise grandement au point de conclure que :

⁴⁵ « Conférence sur le projet de loi S-22 », *supra* note 36 à la p. 6.

⁴⁶ Art. 1745 à 1749 *C.C.Q.*

⁴⁷ Art. 1742 et 1743 *C.C.Q.*

⁴⁸ Art. 1750 à 1756 *C.C.Q.*

⁴⁹ Voir « Le traitement des créanciers », *supra* note 34 à la p. 954.

⁵⁰ Art. 1263 *C.C.Q.*

« Dans ce contexte où les sûretés-proprétés et les fiducies-sûretés sont de plus en plus considérées par le droit commun comme étant d'abord des mécanismes de garantie, il peut paraître paradoxal que la *L.F.I.* continue d'ignorer cette orientation, en les assujettissant à un régime différent de celui applicable aux créanciers garantis. L'harmonisation entre la *L.F.I.* et le *C.C.Q.* peut donc exiger une remise en question de la notion même de créancier garanti afin qu'elle s'étende aussi aux créanciers-proprétaires et aux créanciers-fiduciaires. Ceux-ci seraient de ce fait assujettis aux mêmes restrictions que celles imposées aux créanciers garantis et le syndic pourrait, moyennant certains ajustements, disposer à leur égard des mêmes droits que ceux qu'il détient vis-à-vis des créanciers garantis ».⁵¹

Projet de loi d'harmonisation

La définition de « créancier garanti » a fait l'objet de propositions de modifications législatives dans le projet de loi C-50, en 1998, et dans le projet de loi S-22, en 2000. On prévoyait dans ce dernier l'introduction de la « priorité constitutive de droits réels » en faveur des municipalités et des commissions scolaires. On y prévoyait aussi l'ajout des mécanismes de « sûreté-proprété », de « fiducie-sûreté » et du droit de rétention. Le but recherché étant, non pas d'introduire du droit nouveau, mais de rétablir l'équilibre qui existait avant l'arrivée du nouveau code et de faire le pont avec la situation qui prévaut depuis. Ces deux projets de loi sont morts au feuillet.⁵²

2.2. L'attribution de la compétence en equity

La *L.F.I.* attribue la compétence pour entendre les litiges portant sur la faillite et l'insolvabilité à certains tribunaux, qu'elle énumère de façon exhaustive et qui correspondent à peu près aux tribunaux de droit commun dont elle reconnaît la compétence inhérente.⁵³ Elle attribue également une compétence en *equity*.⁵⁴ On retrouve, de plus, quelques références à l'*equity law* ailleurs dans la *L.F.I.*⁵⁵

Cette attribution pose la question de savoir si la Cour supérieure du Québec a ainsi acquis une compétence en matière d'*equity law*. De fait, certains juges y font référence lorsque vient le moment d'appliquer certaines dispositions de la *L.F.I.*⁵⁶

⁵¹ « Le traitement des créanciers », *supra* note 34 à la p. 956.

⁵² Voir *supra* note 35.

⁵³ Tel serait le sens à accorder au paragraphe 183(1) *L.F.I.* Selon le juge Houlden et Mr. Morawetz, les mots « juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée » renverraient à la compétence inhérente des tribunaux de droit commun à qui la *L.F.I.* attribue la compétence en matière de faillite et d'insolvabilité. L.W. Houlden et G. B. Morawetz, *The 2000 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Scarborough, Carswell, 1999 à la p. 636 [ci-après *The 2000 Annotated B.I.A.*].

⁵⁴ Art. 183 *L.F.I.*

⁵⁵ Exemples de références à l'*equity law* :

Selon la définition de « bien » du paragraphe 2(1) de la *L.F.I.*, la loi vise les biens de toute nature, en droit et en équité.

Selon l'alinéa 4(3)c) de la *L.F.I.*, une personne qui, « en vertu d'un contrat, en équité ou autrement », possède des actions d'une personne morale est considérée comme propriétaire de celles-ci.

Selon l'article 84 de la *L.F.I.*, lorsque le syndic procède à la vente d'un bien, « tous les droits de propriété [du failli], en droit et en équité » sont transmis à l'acheteur.

Selon l'article 213 de la *L.F.I.*, lorsqu'une personne morale fait une cession de biens ou qu'une requête de mise en faillite a été déposée contre celle-ci, les procédures entreprises sous la *Loi sur les liquidations et les restructurations* deviennent caduques sous réserve de l'attribution de dépens, « selon ce que l'équité pourra imposer ».

Selon le paragraphe 268(5) de la *L.F.I.*, le tribunal saisi d'un dossier de faillite en contexte international peut « appliquer [...] des règles de droit ou d'équité » au sujet d'ordonnances émises par les tribunaux d'un autre pays.

⁵⁶ *Pogany (syndic de)*, [1997] R.J.Q. 1693 à la p. 1700 (C.S.); *Janpar Produits de bureau Inc. (syndic de)*, [1993] R.J.Q. 1907 à la p. 1914 (C.S.); *Maestro Ltée (syndic de)* (25 mai 2000), Montréal 500-11-011474-992, J.E. 2000-1323 (C.S.); *Bureau (syndic de)*, [1995] R.J.Q. 1461 à la p. 1465 (C.S.).

On s'est parfois fondé sur l'article 183 de la *L.F.I.* pour appliquer des normes de « *fairness* » et de « *good conscience* ». ⁵⁷ Or, il semble que cette interprétation ne soit pas celle qu'il convient d'appliquer. Selon le juge Louis De Blois de la Cour supérieure du Québec, le terme *equity* utilisé par le législateur à l'article 183 de la *L.F.I.* ne renvoie pas à autre chose que l'*equity law* de droit anglais. ⁵⁸

Cette attribution de pouvoirs judiciaires et la reconnaissance de l'exercice par les tribunaux de droit commun de leur compétence inhérente peuvent soulever quelques interrogations en regard du droit civil québécois. L'article 183 a, d'ailleurs, déjà fait l'objet de propositions de modification législative dans les premiers projets de loi sur l'harmonisation. On y proposait d'indiquer clairement que la *L.F.I.* n'avait pas pour effet d'attribuer de compétence en *equity* aux cours du Québec.

L'*equity law* provient d'Angleterre et appartient à un vocabulaire et à un contexte conceptuel étrangers au droit civil québécois. Toutes les mesures relatives à l'*equity law* que l'on trouve dans la *L.F.I.* posent la question de savoir comment un juge de la Cour supérieure du Québec peut employer ces mesures s'il n'a aucune compétence pour le faire. À ce sujet, le juge Derek Guthrie, de la Cour supérieure du Québec, a déclaré, à l'occasion de l'affaire *Castor Holding Ltd* :

« La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle se prononce en première instance sur toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal (art. 31 C.P.). Elle détient tous les pouvoirs requis pour l'exercice de cette compétence (art. 46 C.P.). Il n'est pas nécessaire d'importer le concept de juridiction en équité pour ajouter à sa compétence générale. Le paragraphe 183(1) vise seulement à assurer que les cours supérieures des provinces de *common law* peuvent exercer leur compétence en droit et en équité lorsqu'elles exercent leur compétence générale. Cet article n'accorde pas à la Cour supérieure du Québec, quand elle exerce sa compétence en matière de faillite, un pouvoir additionnel à celui qu'elle possède déjà » [soulignements ajoutés]. ⁵⁹

En revanche, si la compétence qu'accorde la *L.F.I.* pour juger les affaires sur l'*equity* ne vise que les cours supérieures des provinces de *common law*, cela n'a pas empêché la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Structal (1982) inc. c. Fernand Gilbert Itée*, d'appliquer la notion d'« *equitable set-off* » (ou compensation en « *equity* ») énoncée par la Cour suprême du Canada dans *Holt c. Telford*. ⁶⁰ Ceci a d'ailleurs été fort critiqué par André Bélanger. ⁶¹

2.3. La pétition en faillite et d'autres questions procédurales

La procédure introductive d'instance en matière de faillite — la pétition en faillite — présente un certain nombre de difficultés conceptuelles, notamment en ce qui a trait au droit supplétif applicable. ⁶² Nous verrons en premier lieu les particularités de cette procédure, son appartenance à

⁵⁷ *Re Alliance Credit Corp. : Gagnon c. Montreal Trust Co.* (1973), 17 C.B.R. 136 (C.S. Qué.); *Fredericton Co-operative Ltd c. Smith* (1921-22), 2 C.B.R. 154 (N.-B.K.B.); *Re Stanley & Bunting* (1924-25), 5 C.B.R. 18 (C.S. Ont.); *Re Duranceau : Perras c. Cie mutuelle d'immeubles Ltée* (1954), 34 C.B.R. 198 (C.S. Qué.).

⁵⁸ *Re 125258 Canada Inc. (formerly Cast North America Ltd.) : Bissegger c. Banque royale du Canada*, [1986] R.J.Q. 1666 à la p. 1680 (C.S.), conf. [1990] R.J.Q. 1547 (C.A.). Voir aussi *Meublerie André Viger Inc. (syndic de)*, [1992] R.J.Q. 1461 à la p. 1467 (C.A.).

⁵⁹ *Castor Holding Ltd (syndic de)* (29 octobre 1999), Montréal 500-11-001584-925, J.E. 99-2246 (C.S.).

⁶⁰ *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193 à la p. 206; *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Itée*, [1999] R.J.Q. 1686 (C.S.). Cette jurisprudence est reprise dans *Nolisair International Inc. (syndic de)* (22 août 2000) Montréal 500-09-008036-998, J.E. 2000-1665 (C.A.).

⁶¹ A. Bélanger, « L'application en droit civil québécois de l'inapplicable equitable set-off de common law » (1999) 78 : 3-4 R. du B. can. 486.

⁶² Le paragraphe 43(1) de la *L.F.I.* prévoit que :

la tradition de *common law* et son usage dans le contexte du droit civil québécois. À la fin de cette partie, nous verrons d'autres questions relatives à la procédure prévue par le législateur fédéral dans sa législation sur la faillite et l'insolvabilité.

Les particularités de cette procédure

La « pétition en faillite » est une procédure appartenant à un code de règles se voulant complet et constitue une procédure expéditive, exceptionnelle et quasi-criminelle ayant pour but l'obtention d'une ordonnance de séquestre. Voyons maintenant chacun de ces éléments.

i) code (se voulant) complet de règles

Selon la jurisprudence répertoriée dans le *Canadian Encyclopedic Digest*, les règles de procédure prévues à la L.F.I. constituent un ensemble complet de règles adoptées dans le but d'offrir des moyens rapides et efficaces en vue de déterminer les questions soulevées dans le cadre de l'administration des biens du failli, et ce à moindre frais.⁶³ Toutefois, le recours à des règles de droit supplétif peut s'avérer nécessaire dans certains cas que nous verrons à la fin de cette partie.

ii) procédure expéditive

La « pétition en faillite » est une procédure dont le traitement judiciaire doit être expéditif. Dans ses motifs pour rejeter un appel sur une ordonnance de séquestre rendue par la Cour supérieure du Québec, le juge Owen de la Cour d'appel du Québec, affirmait que :

« [...] en matière de faillite, il est nécessaire de garder à l'esprit la philosophie sous-jacente, savoir que les affaires doivent être réglées et les actifs réalisés et distribués aussi rapidement et économiquement que possible. Les procédures de faillite sont avant tout à l'avantage des créanciers et ne sont pas destinées à traîner en longueur par des questions de procédure ou autre à l'avantage du débiteur et de ses amis ». ⁶⁴

iii) procédure exceptionnelle

La « pétition en faillite » est une procédure exceptionnelle qui a pour objet d'entraîner le dessaisissement du débiteur et de lui faire perdre ainsi l'administration de son patrimoine.⁶⁵ En fait, c'est l'insolvabilité qui est exceptionnelle en regard des règles énoncées dans le droit commun. En effet, lorsqu'un débiteur sombre dans l'insolvabilité, ses rapports avec autrui souffrent d'un certain déséquilibre. La législation fédérale en matière de faillite et d'insolvabilité vise précisément à rétablir cet équilibre en permettant au débiteur de se libérer de ses dettes et de nouer à nouveau des liens contractuels normaux avec autrui.

iv) procédure quasi-criminelle

« [s]ous réserve des autres dispositions du présent article, un ou plusieurs créanciers peuvent déposer au tribunal une pétition en vue d'une ordonnance de séquestre contre un débiteur :

a) d'une part, si, et si la pétition allègue que, la ou les dettes envers le ou les créanciers pétitionnaires s'élèvent à mille dollars;
b) d'autre part, si, et si la pétition allègue que, le débiteur a commis un acte de faillite dans les six mois qui précèdent le dépôt de la pétition. »

⁶³ *Canadian Encyclopedic Digest (Ontario)*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1984 à la p. 397.

⁶⁴ *Pacific Mobile Corp. c. Hunter Douglas Canada Ltd*, (16 janvier 1979) 200-09-000205-788 (C.A.Q.) conf. par [1979] 1 R.C.S. 842 à la p. 843.

⁶⁵ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 à la p. 111.

À l'origine, la procédure de faillite visait à pénaliser le débiteur insolvable. L'emprisonnement pour dettes était un châtement souvent imposé. Plus tard, les lois de faillite ont permis la libération de dettes.⁶⁶ Les méthodes se sont peu à peu humanisées lorsque l'on a introduit des options telles que la proposition concordataire,⁶⁷ l'administration sommaire,⁶⁸ le paiement méthodique des dettes⁶⁹ et la proposition de consommateur.⁷⁰ Enfin, récemment, le législateur fédéral a introduit la procédure de médiation visant à permettre aux créanciers et aux débiteurs de régler les situations d'insolvabilité sans passer par l'appareil judiciaire.⁷¹

Malgré cette lente évolution vers la recherche de moyens plus doux pour régler les questions d'insolvabilité, la *L.F.I.* est encore considérée comme étant pénale de par sa nature. Il semble toutefois que cette conception n'émane que des tribunaux des provinces de *common law*,⁷² bien que cette conception ne semble pas unanimement partagée. À titre d'illustration, citons les propos du juge Sutherland de la Cour suprême de l'Ontario qui affirmait, dans l'affaire *Re Bookman*, que :

« Proceedings under the *Bankruptcy Act* are sometimes referred to as “quasi-criminal”, doubtless because they involve the state, affect status and cannot, in the case of a petition, be simply discontinued at the behest of the parties. The term “quasi-criminal” is employed in cases such as *Re Elkind; Samuel Hart & Co. v. Elkind* (1966), 9 C.B.R. (n.s.) 274 (Ont. S.C.) where strict compliance with the provisions relating to bankruptcy petitions is being insisted upon by the court. However, in essence the proceedings under the *Bankruptcy Act* are civil proceedings and so not themselves directly affected by s. 11(c) of the Charter. »⁷³

La question semble parfaitement ignorée par les tribunaux québécois. Seul un court passage dans les motifs du juge Kaufman de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Gilbert c. Gilbert* permet de désigner la *L.F.I.* « au mieux » comme étant de nature quasi-criminelle.⁷⁴ En fait, selon le professeur Albert Bohémier, cette conception serait tombée dans la désuétude, l'aspect patrimonial de la *L.F.I.* consistant sa fondation moderne.⁷⁵

Appartenance de la petition à la tradition de common law

La « pétition en faillite » est une vieille procédure appartenant à la tradition de *common law*. Dans le droit anglais du XIX^e siècle, on utilisait déjà le mot *petition* pour désigner le mode procédural permettant aux créanciers de faire reconnaître leurs droits dans un dossier de faillite.⁷⁶ Le mot

⁶⁶ *Ibid.* aux pp. 4-8.

⁶⁷ Art. 50 et s. *L.F.I.* introduits en 1919.

⁶⁸ Art. 155 *L.F.I.* introduit en 1949.

⁶⁹ Art. 217 et s. *L.F.I.* introduits en 1967. Il est à noter que cette partie ne s'applique pas au Québec.

⁷⁰ Art. 66.11 et s. *L.F.I.* introduits en 1992.

⁷¹ Introduite en 1997, la médiation vise à régler les différends relatifs au montant que le failli doit payer à ses créanciers (ce qu'on appelle le revenu excédentaire) et ceux concernant les conditions à remplir pour la libération du failli. Voir sur le site Internet du surintendant des faillites : <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/br01083f.html>.

⁷² *Re Dallas/North Group Inc.* (1999), 46 O.R. (3^e) 602 à la p. 603 (Gen. Div.); *Re 307309 B.C. Ltd.* (1991), 11 C.B.R. (3^e) 187 à la p. 191 (B.-C.S.C.); *Re Whatznu Fashions (1988) Ltd.* (1989) 73 C.B.R. (NS) 241 (Ont. H.C.J.); *Re Saleh* (1982), 42 C.B.R. (NS) 41 à la p. 43 (Ont. H.C.J.); *Re Consoli* (1982), 41 C.B.R. (NS) 203 à la p. 205 (Ont. H.C.J.); *Re Holmes and Sinclair* (1975), 20 C.B.R. (NS) 111 à la p. 112 (Ont. H.C.J.); *Re Elkind* (1966), 9 C.B.R. (NS) 274 à la p. 278 (Ont. H.C.J.).

⁷³ *Re Bookman* (1984), 49 C.B.R. (NS) 267 à la p. 282 (Ont. H.C.J.).

⁷⁴ *Gilbert c. Gilbert*, [1975] C.A. 411.

⁷⁵ *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 21 à la p. 112.

⁷⁶ *The Oxford English Dictionary*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1989 à la p. 633. Vers la fin du XIX^e siècle, « a petition is a proper mode of coming before the court for the relief of insolvent debtors ».

« *petition* » peut également désigner une procédure introduisant une instance civile principale dans les provinces de *common law*. Elle constitue l'une des procédures introduisant une « *action* ». ⁷⁷

Au point de vue terminologique, on utilise généralement le mot « pétition » pour traduire le mot « *petition* ». On peut toutefois trouver des exemples où le mot « requête » est utilisé comme contrepartie dans la version française des lois. ⁷⁸ La même constatation peut se faire dans le corpus législatif fédéral. ⁷⁹

Bien qu'elle appartienne, en principe à la tradition de *common law*, la « pétition » soulève tout de même quelques questions relativement à sa nature en contexte de faillite. Dans l'affaire *Re Ristimaki*, le registraire des faillites de l'Ontario devait décider si un tiers pouvait obtenir l'autorisation d'intervenir dans une « pétition en faillite ». En l'occurrence, il s'agissait de l'Agence des douanes et du revenu du Canada. Celle-ci prétendait que l'ordonnance de séquestre aurait pour conséquence de mettre sa créance en péril. La question en litige portait donc sur l'application de la règle 13.01(1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario prévoyant la requête visant à obtenir l'autorisation d'intervenir en qualité de partie jointe. Le registraire a rejeté la requête de l'agence en affirmant que, selon lui, la règle 13.01(1) ne s'appliquait pas en l'espèce. Le registraire a poursuivi en déclarant que l'ordonnance de séquestre ne peut être considérée comme un jugement au sens de la règle 13.01(1)b) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario puisque la « pétition en faillite » visant à obtenir cette ordonnance ne s'inscrit ni dans une action ni dans une requête. Le registraire s'exprime comme suit :

« [...], I question whether a receiving order is a “judgment”. “Judgment” is defined in the RCP as “a decision that finally disposes of an application or action on its merits...”. “action” in turn is defined as a proceeding that is not an application and includes a statement of claim, notice of action, counterclaim and divorce petition, among other processes. “Application” is defined as a proceeding commenced by notice of application. A petition is neither an action nor an application, by these definitions. » [soulignement ajouté] ⁸⁰

Pourquoi le juge n'a-t-il pas reconnu la « pétition en faillite » parmi les « *other processes* »? Faut-il comprendre de ce jugement que la « pétition en faillite » est une procédure autonome dont le

⁷⁷ Les actions sont généralement introduites par « déclaration/*statement of claim* ». *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, art.1. Si le temps ne permet pas de rédiger une « déclaration/*statement of claim* », les règles de procédure civile de l'Ontario permettent de déposer un « avis d'action/*notice of action* » qui devra être suivi impérativement d'une « déclaration/*statement of claim* ». *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 14.01. L'autre processus judiciaire en usage dans les instances civiles de l'Ontario est la « requête/*application* ». Une « requête/*application* » ne peut être entendue par le tribunal que si elle est spécifiquement prévue par la loi. La partie requérante pourra alors introduire un « avis de requête/*notice of application* ». *Règles de procédure civile*, *ibid.* r. 38.

⁷⁸ C'est le cas de la *Loi sur les municipalités*, L.R.N.-B. 1973, c. M-22, art. 24-25.

⁷⁹ On peut retrouver dans la législation fédérale un certain nombre d'exemples où l'on emploie le mot « requête » comme traduction de « *petition* » notamment :

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-25, art. 10 :

| | |
|---|--|
| <i>Applications [...] shall be made by petition or by way of originating summons or notice of motion.</i> | Demandes [...] peuvent être formulées par requête ou par voie d'assignation introductive d'instance ou d'avis de motion. |
|---|--|

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 248 :

| | |
|---|--|
| <i>Application [...] in a summary manner by petition.</i> | Demande [...] présentée par voie sommaire sous forme de requête. |
|---|--|

Loi canadienne sur les coopératives, L.C. 1998, c. 1, art 347 :

| | |
|---|--|
| <i>Application made in any summary manner by petition [...]</i> | Demande [...] présentée par requête sommaire [...] |
|---|--|

Cette loi est entrée en vigueur le 31 décembre 1999 par *Décret fixant au 31 décembre la date d'entrée en vigueur de la loi*, SI/99-69, Gaz. c. 1999. II. 1917.

⁸⁰ *Re Ristimaki* (2000), 18 C.B.R. (4^e) 246 à la p. 249 (Ont. Bkcty).

droit supplétif ne peut se trouver dans le droit privé des provinces? Le passage cité ci-dessus permet d'illustrer les difficultés liées à la nature de la « pétition en faillite » et ce, dans un contexte de *common law*. Voyons maintenant les difficultés que présente l'usage de la « pétition en faillite » dans un contexte civiliste.

Usage de la « pétition en faillite » en droit civil québécois

Au Québec, le mot « pétition » a déjà eu le sens de « demande en justice ». Il s'agissait alors de la « pétition de droit » et de l'« action pétitoire ». De nos jours, il n'est utilisé qu'en relation avec une demande de reconnaissance d'hérité, la « pétition d'hérité ».

i) la pétition de droit

La « pétition de droit » désignait la demande d'autorisation qu'une personne ayant un recours contre le gouvernement adressait au Souverain.⁸¹ Les articles 94 et suivants du *C.P.C.* prévoient maintenant le cadre des recours contre l'État lesquels doivent être introduits par déclaration ou requête.

ii) l'action pétitoire

Sous l'empire du *C.C.B.C.*, l'« action pétitoire » visait la protection en justice des biens immobiliers. Les articles du *C.P.C.* relatifs au « pétitoire » ont été abrogés par le législateur québécois avec l'introduction de l'article 912 du *C.C.Q.* prévoyant que le propriétaire peut agir en justice pour faire reconnaître son titre.⁸²

iii) la pétition d'hérité

Le mot « pétition » est encore utilisé de nos jours pour désigner le droit d'un successible de faire reconnaître sa qualité d'héritier; c'est ce que l'on appelle la « pétition d'hérité ».⁸³ Bien que la pétition d'hérité soit de l'essence d'une réclamation, elle ne désigne pas la procédure employée pour la faire valoir devant le tribunal.

En droit québécois, il n'existe que deux types de procédure introduisant une instance principale. Comme le *C.P.C.* le prévoit, « [à] moins qu'il n'en soit autrement prescrit, une demande en justice est introduite par une déclaration (*declaration*) ».⁸⁴ Il s'agit, en fait, de la procédure générale. Par exemple, les injonctions sont introduites par « déclaration ».⁸⁵ Le *C.P.C.* prévoit plus loin que certaines procédures relatives aux personnes et aux biens sont introduites par « requête/*motion* ».⁸⁶ Les « requêtes » servent également à introduire des demandes en jugement déclaratoire⁸⁷ et les

⁸¹ H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994 à la p. 425 [ci-après *Dictionnaire de droit québécois*].

⁸² Ministère de la Justice (Québec), *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 535 [ci-après *Commentaires du Ministre*].

⁸³ Art. 626 *C.C.Q.*

⁸⁴ Art. 110 *C.P.C.*

⁸⁵ Art. 752 *C.P.C.*

⁸⁶ Art. 762 *C.P.C.*

⁸⁷ Art. 453 *C.P.C.*

recours extraordinaires.⁸⁸ En ce qui concerne la « pétition d'héritité », c'est plutôt au moyen d'une « requête » que l'on introduira la demande devant le tribunal.⁸⁹

Il ne semble pas y avoir, dans la jurisprudence québécoise, de formule consacrée pour désigner la procédure de mise en faillite forcée du débiteur. Une recherche rapide dans la jurisprudence québécoise nous a permis de relever les usages suivants :⁹⁰

- « demande d'ordonnance de séquestre »,
- « demande de mise en faillite »,
- « requête pour mise en faillite »,
- « requête en vue d'obtenir une ordonnance de séquestre »,
- « requête pour obtenir une ordonnance de séquestre »,
- « requête en faillite »,
- « requête de mise en faillite »,
- « requête en vue de l'émission d'une ordonnance de séquestre »,
- « requête de faillite »,
- « requête en vue d'une ordonnance de séquestre »,
- « requête pour une ordonnance de séquestre »,
- « requête présentée en vertu de l'article 43 *L.F.I.* »,
- « pétition de faillite »,
- « pétition en faillite »,
- « pétition en vue d'une ordonnance de séquestre »,
- « pétition pour mise en faillite ».

On utilise souvent plusieurs de ces désignations dans la même décision et sous la plume du même juge. Toutefois, l'usage du terme « requête » est une désignation constamment utilisée. Ceci est une indication que ce terme ne rebute pas aux juges de tradition de droit civil. La doctrine emploie également le terme « requête » et les expressions « requête de mise en faillite » et « requête en faillite ».⁹¹ De fait, on peut établir quelques rapprochements entre la « pétition en faillite » et la requête de droit civil notamment :

⁸⁸ Art. 834 *C.P.C.* et s.

⁸⁹ G. Brière, *Le nouveau droit des successions*, 2^e éd., coll. Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1997 aux pp. 81 et s.

⁹⁰ Nous les citons en vrac : *Bureau (syndic de)*, supra note 56; 2751-9818 *Québec inc. (Restaurant Le Campus) c. 2150-1069 Québec inc. (Carrefour La Pocatière)*, [1996] R.R.A. 1221 (C.S. Qué.); *Chronberg c. 9047-4586 Québec inc. (syndic)*, [1998] A.Q. n° 1625 (Q.L.); 2782375 *Canada inc. (Re)*, [1999] J.Q. n° 1505 (Q.L.); *Pétroles Irving inc. c. Dépanneur Danielle Comeau inc. (syndic)*, [1997] A.Q. n° 4682 (Q.L.); *Parent c. Bouchard*, [1988] R.L. 77 (C.A. Qué.); *Ultramar Canada Inc. c. Québec (sous-ministre du Revenu)*, [1997] R.D.F.Q. 15 (C.A. Qué.); *Québec (Procureur général) (Re)*, [1997] A.Q. n° 4582 (Q.L.); *Musée des sciences naturelles de Québec Inc. (syndic) c. Banque de Montréal* (1998), 2 C.B.R. (4^e) 224 (C.A. Qué.); *Banque nationale du Canada c. Nilus Leclerc inc.*, [1997] A.Q. n° 4614 (Q.L.); *Gagnon c. Desrochers*, [1989] A.Q. n° 1664 (Q.L.); *Swiss Bank Corp. (Canada) c. 124298 Canada Inc.*, [1996] R.D.J. 531 (C.A. Qué.); *Walter Canada Inc. c. Banque nationale du Canada*, [1986] C.B.R. (NS) 144 (C.S. Qué.); 146236 *Canada Inc. (syndic) (Re)*, [1993] A.Q. n° 1221 (Q.L.); *Soeurs du Bon-Pasteur de Québec c. Marché Central Métropolitain inc. (syndic)*, [1999] R.J.Q. 18 (C.A.); *Textainer Equipment Management Ltd c. Compania Argentina de Navigacion Interocceanica S.A.*, [1999] J.Q. n° 2627 (Q.L.); 2768721 *Canada Inc. c. Immeubles 1555 Provencher inc. (syndic)*, [1993] A.Q. n° 95 (Q.L.); *Renda c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [2000] J.Q. n° 2723 (Q.L.); *Mont Écho Capital inc. c. Eichenberger*, [1998] A.Q. n° 3763 (Q.L.); *Tenneco Canada Inc. c. 167782 Canada Inc.*, [1992] A.Q. n° 1091 (Q.L.); *Réfrigération Mauvalin Ltée c Société immobilière Bendwell Inc.*, [1990] R.J.Q. 2596 (C.A.).

⁹¹ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 aux pp. 111 et s.; J.-Y. Fortin et B. Boucher, *Insolvabilité commerciale et personnelle, aide mémoire*, 1^{re} éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1990 aux pp. 52 et s.

- la forme de la procédure,⁹²
- l'attestation par un affidavit,⁹³
- la signification de la procédure et de l'affidavit,⁹⁴
- l'aspect expéditif de la procédure,
- le fait qu'elle soit expressément prévue par la loi.⁹⁵

On peut retenir de ce qui précède que l'usage de la « pétition en faillite » en contexte civiliste soulève un certain nombre de questions relativement à sa désignation terminologique. En revanche, la « pétition en faillite » ne semble pas constituer, *a priori*, une procédure autonome et semble même s'apparenter à la requête. Un moyen d'en savoir davantage est de pousser notre analyse sous l'angle du droit supplétif.

Le droit supplétif

La question fondamentale dans la problématique reliée à la désignation de la procédure de mise en faillite forcée est la détermination du droit supplétif. Cette question se pose malgré le caractère « complet » que l'on prête aux procédures prévues dans la *L.F.I.* En effet, le législateur lui-même reconnaît le caractère plutôt incomplet de ces dernières. La règle 3 des R.G.F.I. prévoit que « [d]ans les cas non prévus par la Loi ou les présentes règles, les tribunaux appliquent, dans les limites de leur compétence respective, leur procédure ordinaire dans la mesure où elle est compatible avec la Loi et les présentes règles ».

En quoi consiste cette « procédure ordinaire »? Au Québec, cela semble renvoyer aux moyens préliminaires prévus de façon générale au *C.P.C.*, notamment lorsque le débiteur conteste la légalité extrinsèque de la requête⁹⁶ On pourrait également se prévaloir des moyens dilatoires et d'irrecevabilité que prévoit le *C.P.C.*⁹⁷ Il pourrait y avoir d'autres exemples. Il est bon de rappeler qu'au Québec, l'article 763(2) du *C.P.C.* prévoit que :

« Sauf dans la mesure prévue par le présent Titre ou par d'autres dispositions du présent Code applicables aux demandes introduites par requête, ces demandes obéissent aux règles générales applicables à une demande introduite par une déclaration, notamment à celles relatives à la signification ou à la notification et à la désignation des parties et des biens, ou encore à l'administration de la preuve ».

Du côté des provinces de common law, une courte recherche démontre que les parties ont, de fait, recours à une panoplie de règles de procédure civile, tantôt d'application générale, tantôt d'application particulière, suppléant au silence de la *L.F.I.* Nous en citons quelques-unes :

⁹² Selon le professeur Albert Bohémier, la « pétition en faillite » prend la forme d'une requête puisque tel est ce que prévoit la règle 11 des R.G.F.I. *Faillite et insolvabilité*, *ibid.* à la p. 173. M^e Bernard Boucher s'appuie à son tour sur la règle 11 des R.G.F.I. pour affirmer que les demandes introductives d'instance en matière de faillite devraient être faites au moyen d'une requête. B. Boucher, « La juridiction de la Cour de faillite : une perspective québécoise » (1994) 24 C.B.R. (3^e) 61 à la p. 66. La règle 11 des R.G.F.I. prévoit que « [s]ous réserve des autres dispositions des présentes règles, toute demande au tribunal se fait par requête ou par motion, à moins que celui-ci n'en ordonne autrement ». Voir aussi art. 762 *C.P.C.*

⁹³ Art. 763 *C.P.C.* et par. 43(3) *L.F.I.*

⁹⁴ Art. 764 *C.P.C.* et règle 70(1) R.G.F.I..

⁹⁵ Art. 110, 762 *C.P.C.* et par. 43(1) *L.F.I.*

⁹⁶ Art. 159 *C.P.C.* Voir règles 74-75 R.G.F.I.; *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 21 à la p. 199.

⁹⁷ Art. 165, 168 *C.P.C.* Voir *Faillite et insolvabilité*, *ibid.* à la p. 204.

- Demande en vue d'obtenir une ordonnance de cautionnement pour dépens.⁹⁸
- Demande en vue d'obtenir une ordonnance d'*interpleader*.⁹⁹
- Demande pour autorisation d'intervenir dans une pétition en vue d'une ordonnance de séquestre.¹⁰⁰
- Application des règles de procédure civile relatives aux offres de transaction.¹⁰¹
- Demande pour modifier la pétition en vue d'une ordonnance de séquestre.¹⁰²
- Demande pour ajouter les noms de trois autres créanciers à titre de pétitionnaires.¹⁰³
- Calcul des délais.¹⁰⁴
- Substitution de pétitionnaire et modification de la pétition pour ordonnance de séquestre.¹⁰⁵

Cela n'est pas surprenant puisque les *Règles de procédure civile* de l'Ontario, à titre d'illustration, comportent à la fois des règles d'application générale et des règles ne s'appliquant que dans certaines situations. Ainsi, on aura recours à la même règle pour présenter une « motion »/« *motion* » au cours d'une instance introduite par « déclaration/*statement of claim* » ou par « requête/*application* ». C'est le cas, notamment :

- des renvois, champ d'application et principes d'interprétation,¹⁰⁶
- de l'inobservation des règles,¹⁰⁷
- des questions relatives aux délais,¹⁰⁸
- des documents de procédure,¹⁰⁹
- de la jonction des demandes et parties,¹¹⁰
- de la réunion ou instruction simultanée des instances,¹¹¹
- des questions relatives aux parties incapables,¹¹²
- de la représentation par procureur,¹¹³
- de la signification de documents.¹¹⁴

⁹⁸ *Règles de procédure civile*, supra note 77 r. 56; *Re Towers Marts & Properties Ltd.* (1968) 1 O.R. 605 (Ont. Bkcty).

⁹⁹ *Règles de procédure civile*, *ibid.* r. 43; *Re S & S International Transportation Services Ltd.*, [2000] O.J. n° 4106 (Q.L.).

¹⁰⁰ *Règles de procédure civile*, *ibid.* r. 13; *Re Ristimaki*, supra note 80 (demande refusée).

¹⁰¹ *Règles de procédure civile*, *ibid.* r. 49, *Baltman c. Coopers & Lybrand Ltd.* (1997), 47 C.B.R. (3^e) 121 (Ont. Bkcty).

¹⁰² *Langret Investments S.A. c. McDonnell* (1996), 40 C.B.R. (3^e) 44 (B.C.C.A.).

¹⁰³ *Re Dhillon* (1997), 49 C.B.R. (3^e) 24 (B.C.S.C.).

¹⁰⁴ *Re Murray* (1995), 35 C.B.R. (3^e) 264 (N.-B. Bkcty).

¹⁰⁵ *Re Big Bud Tractor of Canada*, [1980] A.J. n° 93 (Q.L.).

¹⁰⁶ *Règles de procédure civile*, supra note 77 r. 1.

¹⁰⁷ *Ibid.* r. 2.

¹⁰⁸ *Ibid.* r. 3.

¹⁰⁹ *Ibid.* r. 4.

¹¹⁰ *Ibid.* r. 5.

¹¹¹ *Ibid.* r. 6.

¹¹² *Ibid.* r. 7.

¹¹³ *Ibid.* r. 15.

¹¹⁴ *Ibid.* r. 16.

En revanche, certaines règles de procédure civile ne s'appliquent qu'à certaines instances selon qu'il s'agit d'une action ou d'une requête. On note, par exemple, que les règles relatives à la procédure écrite dans l'action, les demandes reconventionnelles et entre défendeurs, ainsi que les règles relatives à la communication des documents ne s'appliquent qu'aux actions.

En terminant, nous pouvons constater que la désignation de la « pétition en faillite » par le terme « requête » ne semble pas poser de problème véritable dans un contexte de droit civil pas plus que le recours aux règles prévues au *C.P.C.* En ce qui concerne les provinces de *common law*, on peut se demander quelles conséquences pourrait avoir un simple changement de terminologie n'ayant pour objet de ne point changer le droit quant au fond.

D'autres questions procédurales soulèvent certaines questions conceptuelles. Nous avons retenu l'ordonnance de séquestre, la procédure de « litispendance » et celle d'« *interpleader* ».

L'ordonnance de séquestre

Une ordonnance de séquestre est rendue par un tribunal à la suite du dépôt d'une « pétition en faillite » — ou, comme on la désigne parfois, une « pétition en vue d'une ordonnance de séquestre » — suivi d'une audition où les créanciers font valoir que l'état d'insolvabilité du débiteur met leur créance en péril et où ce dernier peut faire valoir que la situation financière dans laquelle il se trouve ne mérite pas qu'on le dessaisisse de ses biens. Cette ordonnance consiste à mettre le débiteur en faillite et constitue, à l'égard de ce dernier, une demande de libération de dettes.¹¹⁵

L'ordonnance de séquestre est un mécanisme judiciaire que le législateur fédéral a emprunté au système britannique lorsqu'il a introduit la *Loi de faillite* de 1919. La loi de faillite anglaise prévoyait alors que l'ordonnance de séquestre conférait au séquestre officiel les pouvoirs d'un *receiver* sur les biens du débiteur dont celui de suspendre les recours des créanciers.¹¹⁶ Le débiteur n'était dessaisi de ses biens au profit du syndic que lorsqu'on le déclarait failli.¹¹⁷ C'est alors que le syndic était à son tour considéré comme *receiver* et qu'il entra en possession des biens du débiteur-failli. Il peut être utile de souligner que l'ordonnance de séquestre tel que le prévoit la *L.F.I.* n'opère pas un simple transfert du droit de possession ou de rétention des biens du failli, elle entraîne le dessaisissement de ce dernier.¹¹⁸

L'ordonnance de séquestre étant d'origine étrangère au droit civil, son application pose un certain nombre de questions conceptuelles. Serait-il plus compréhensible pour les civilistes de parler de « déclaration de mise en faillite »? Il y a là, également, des notions de responsabilité quant à l'administration des biens par le syndic. On peut se demander quel est le droit supplétif applicable. Il est bon de noter, à cet égard, que le séquestre du droit civil n'est qu'un dépositaire au sens du *C.C.Q.*¹¹⁹ Or, il semble que le recours à un « séquestre » soit une fiction juridique, vestige d'une vieille tradition britannique, décrivant le transfert des biens du failli entre les mains du syndic dont le rôle est, en soi, fort complexe, comme on le verra un peu plus loin.

La procédure de litispendance

¹¹⁵ Par. 169(1) *L.F.I.*

¹¹⁶ *Loi de faillite anglaise de 1914*, supra note 21, par. 48(2). Voir A. Roper, *Ringwood's Principles of Bankruptcy*, 16^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1930 à la p. 62.

¹¹⁷ *Loi de faillite anglaise de 1914*, *ibid.* art. 14.

¹¹⁸ Par. 71(2) *L.F.I.*

¹¹⁹ Art. 2305 *C.C.Q.*

En *common law*, lorsqu'un litige concerne un bien réel — un terrain, par exemple —, le demandeur est tenu d'enregistrer un certificat de *lis pendens* au registre foncier. Cette procédure a pour but d'aviser le public en général et les tiers de bonne foi en particulier qu'un litige concernant ce bien a lieu et que son dénouement pourrait affecter le titre portant sur lui.¹²⁰ En somme, le tiers acquéreur pourrait acheter ce bien mais il le ferait à ses « risques et périls ». ¹²¹ Cette procédure fait partie intégrante du processus judiciaire en ce qu'elle assure l'intérêt public.

Le législateur a cru nécessaire d'inclure cette règle de droit commun dans son corpus législatif en matière de faillite. En effet, la règle 107 des R.G.F.I. prévoit que :

« Lorsqu'un terrain, ses dépendances ou tout droit s'y rattachant font l'objet d'un litige aux termes des articles 91 à 100 de la *L.F.I.*, le registraire peut, sur dépôt auprès du tribunal d'une copie de la demande signée par le conseiller juridique du demandeur, délivrer un certificat de litispendance et, en cas de rejet partiel ou total de la demande, délivrer un certificat de rejet. »

L'inclusion de cette procédure dans le texte d'une loi d'application nationale a pour effet, encore une fois, d'introduire une règle appartenant à la tradition de *common law* dans un contexte civiliste. Bien qu'utilisée rarement, l'application de cette règle semble susciter certaines difficultés.¹²²

Il est bon de noter que le droit civil québécois connaît, depuis 1994, un mécanisme apparemment semblable. Il s'agit de la « préinscription » dont peut faire l'objet, au moyen d'un avis, toute demande en justice qui concerne un droit réel soumis à une inscription au registre des droits fonciers.¹²³ Cette procédure ne produit aucun effet immédiat. Elle est conditionnelle à une deuxième inscription qui aura lieu, éventuellement, lors de l'inscription du jugement.

Cette procédure se distingue toutefois de l'inscription de *lis pendens* sous trois aspects. D'abord, la préinscription est facultative. Il n'y a aucune obligation pour le demandeur de préinscrire ses droits au registre fonciers. Ensuite, la préinscription constitue, en quelque sorte, une réserve de priorité qui se trouvera confirmée par l'inscription du jugement. Dès lors, les droits de la partie demanderesse sur le bien immobilier prendront effet rétroactivement au jour de la préinscription, primant du coup les droits de quiconque les aurait inscrits à la suite de la préinscription. En comparaison, l'inscription du certificat de *lis pendens*, qui ne bénéficie à aucune partie, ne sert qu'à aviser les tiers de bonne foi qu'un litige portant sur le bien est en cours et risque de modifier la qualité du titre. Enfin, la préinscription ne fait pas partie intégrante du processus judiciaire en droit québécois. Il s'agit d'une procédure disponible, sans plus, au bénéfice de la partie demanderesse.

Le nom que porte la procédure dite de « litispendance » peut, de plus, engendrer une certaine confusion dans l'esprit du civiliste. En effet, il existe, à l'article 165 du *C.P.C.* une procédure qui permet, lorsqu'il y a « litispendance », d'opposer un moyen d'irrecevabilité. Il s'agit de la situation où deux litiges portant sur les mêmes faits et concernant les mêmes parties sont introduits dans deux juridictions distinctes. L'opposition visera alors à faire rejeter l'une des deux demandes. Il s'agit, bien entendu, d'une procédure tout à fait différente.

La procédure d'« interpleader »

¹²⁰ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, supra note 77, art. 103; *Règles de procédure civile*, supra note 77, r. 42.

¹²¹ G. D. Watson et C. Perkins, *Holmsted and Watson : Ontario Civil Procedure*, vol. 3, Toronto, Carswell, 1984 aux pp. 42-1 et s.; P.G. Vogel, *Cohen Melnitzer's Civil Procedure in Practice*, Toronto, Carswell, 1989 à la p. 6-39.

¹²² Voir les observations du juge Brossard de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Langevin c. Weinberg Bros Inc.*, [1971] C.A.122 à la p. 127.

¹²³ Art. 2966 C.C.Q.

L'« *interpleader* » est une procédure d'*equity* permettant de déterminer les intérêts d'individus sur un bien détenu par une tierce personne.¹²⁴ La L.F.I. emploie le concept d'« *interpleader* ». Elle prévoit ainsi qu'une « *opposition/interpleader* » formulée à l'encontre de la saisie des biens d'un débiteur suspend le délai servant aux fins de l'alinéa 42(1)e) de la L.F.I. pour déterminer si un débiteur a commis ou non un acte de faillite.

Si l'intention du législateur fédéral est de rendre la L.F.I. applicable d'un bout à l'autre du Canada de la même manière pour tous les créanciers, pourquoi fait-il un renvoi à une procédure appartenant à une tradition étrangère au droit civil? Comment, au Québec, comprendre et appliquer cette procédure fondée sur les principes de l'*equity law*? Serait-il approprié, pour les fins de l'auditoire de droit civil, de faire référence à l'« *opposition à la saisie-exécution* » qui peut être formée par un tiers à la condition qu'il ait le droit de revendiquer un bien saisi?¹²⁵ Nous réfléchissons à ces questions.

2.4. L'application de la partie XI

La partie XI de la L.F.I. présente une problématique pertinente en regard de l'harmonisation de la loi avec le droit civil québécois en ce qui concerne l'identification du « *séquestre/receiver* », le préavis que le créancier garanti doit faire parvenir au débiteur avant de réaliser ses droits, et les obligations imposées au séquestre dans l'administration des biens du failli.

Identification du « séquestre »

Depuis 1992, la L.F.I. comporte, en sa partie XI, des dispositions encadrant l'exercice des recours des créanciers garantis. Ces dispositions imposent à ces derniers des obligations d'honnêteté dans l'administration et la liquidation des biens du débiteur.¹²⁶ Toutefois, ces règles ne trouvent application que lorsqu'un « *séquestre/receiver* » prend possession des biens du débiteur afin de les administrer. Le législateur fédéral définit au paragraphe 243(2) de la L.F.I. ce qu'est un « *séquestre/receiver* » au sens de la partie XI. On y lit :

« Dans la présente partie, mais sous réserve du paragraphe (3), « séquestre » s'entend de toute personne qui, aux termes d'un contrat — appelé « contrat de garantie » dans la présente partie — créant une garantie sur des biens, ou aux termes d'une ordonnance rendue par le tribunal sous le régime de toute règle de droit prévoyant ou autorisant la nomination d'un séquestre ou d'un séquestre-gérant, est habilitée nommément à prendre — ou a pris — possession ou contrôle de la totalité ou de la quasi-totalité du stock, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable ou d'un failli acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires. »

Deux éléments fondamentaux se dégagent de cette définition. Premièrement, le « *séquestre/receiver* » visé est celui qui prend possession des biens du débiteur insolvable. Deuxièmement, le « *séquestre/receiver* » doit, afin d'effectuer la prise de possession, être habilité en ce sens en vertu d'une ordonnance ou d'un contrat de garantie. Le libellé de la définition est toutefois rédigé de façon ambiguë et permet deux interprétations contradictoires.

Selon une interprétation large, les mots « toute personne qui (...) est habilitée nommément à prendre [possession des biens] », d'une part, et « ou a pris », d'autre part, présentent une alternative conceptuelle : le « *séquestre/receiver* » traditionnellement reconnu et ce qui serait une

¹²⁴ J. R. Nolan et al., *Black's Law Dictionary*, 6^e éd., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990 à la p. 817.

¹²⁵ Art. 597 C.P.C.

¹²⁶ Art. 246, 247 L.F.I.

nouvelle conception de « séquestre/receiver ». Ainsi, le « séquestre/receiver » visé par cette définition peut être celui qui est traditionnellement habilité par un contrat de garantie ou une ordonnance mais il pourrait aussi être un créancier qui prend possession des biens faisant l'objet d'un contrat de garantie afin de les réaliser sans y être expressément habilité.

Selon une interprétation stricte, au contraire, le paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* ne renvoie qu'au « séquestre/receiver » traditionnellement reconnu. Il en découle que le « séquestre/receiver » visé par cette définition est celui qui prend possession des biens du débiteur insolvable conformément au libellé d'un contrat de garantie ou de l'ordonnance d'un tribunal.

Ce sont ces arguments que l'on a présentés devant le juge Baynton du tribunal de première instance de Saskatchewan. Le juge Baynton a d'abord reconnu le bien-fondé des deux interprétations mais a ensuite tranché en faveur de l'interprétation stricte. Il a toutefois ajouté, en tenant compte des fins poursuivies par la partie XI de la *L.F.I.*, qu'un créancier garanti pourrait être un « séquestre/receiver » tel que défini au paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* à condition qu'il soit nommément habilité aux termes d'un contrat de garantie ou d'une ordonnance à prendre possession des biens de son débiteur.¹²⁷

Appliquées au Québec, ces conclusions signifieraient que le paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* ne peut trouver application à la situation des créanciers hypothécaires. Selon l'argument défendu par M^e Alain Riendeau, le fondement juridique permettant aux créanciers hypothécaires d'exercer leurs droits en cas de défaut du débiteur ne se trouve pas dans un contrat ou une ordonnance du tribunal mais bien dans le *C.C.Q.*¹²⁸ Le professeur Jacques Deslauriers est toutefois moins catégorique et affirme qu'« [o]n ne s'entend pas, du moins dans la province de Québec, pour identifier les sûretés dont l'exécution met en œuvre les règles du séquestre de la partie XI ». ¹²⁹

En fait, il semble que le mode de réalisation de garanties visé par la définition du paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* était, au Québec, la prise de possession d'une entreprise aux termes d'un acte de fiducie en vue de liquider les inventaires, les comptes recevables et les biens du débiteur. En effet, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* permettait de créer un acte de fiducie en faveur de créanciers-obligataires aux termes duquel le fiduciaire de ces derniers pouvait entrer en possession des biens du débiteur-émetteur, les administrer et les liquider advenant le défaut de celui-ci.¹³⁰ Or, la disparition de cet acte de fiducie, avec la réforme du Code civil, peut donner l'impression que la partie XI de la *L.F.I.* est lettre morte au Québec.¹³¹

Il faut toutefois apporter des nuances à cette affirmation car il existe au Québec des créanciers dont les sûretés sont prévues dans d'autres textes que le *C.C.Q.* et dont la réalisation peut se faire par l'intervention d'un « séquestre/receiver ». Par exemple, on peut penser au contrat de garantie qu'une banque pourrait conclure avec son client lequel contrat pourrait prévoir la prise de

¹²⁷ *Farm Credit Corporation c. Corriveau* (1993), 20 C.B.R. (3^e) 124 (Sask. Q.B.).

¹²⁸ A. Riendeau, « L'insolvabilité et l'exécution des garanties », Conférence de la faculté de droit de l'Université McGill, Montréal, 29-30 mars 1996 à la p. 24 [ci-après « L'exécution des garanties »].

¹²⁹ « Conférence sur le projet de loi S-22 », *supra* note 36 à la p. 15.

¹³⁰ L.R.Q. c. P-16, art. 27 et s. Ces articles ont été modifiés par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, *supra* note 39, art. 642 et s. Avant ces modifications, il fallait que l'autorisation de prendre possession des biens du débiteur en cas de défaut de celui-ci soit expressément prévue à l'*Acte de fiducie*. L. Lévesque, *L'Acte de fiducie*, coll. Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 1991 aux pp. 28 et s. Cette prise de possession ne transférerait pas le droit de propriété lequel demeurerait entre les mains du débiteur. *Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7. Détail intéressant : on a affirmé que le fiduciaire pouvait agir directement sans devoir nommer un « receiver ». Y. Caron, « De l'action réciproque du droit civil et de *common law* dans le droit des compagnies de la province de Québec » dans J.S. Ziegel, *Studies in Canadian Company Law*, Toronto, Butterworths, 1967 à la p. 141. Voir aussi P. Ciotola, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 251 et s.

¹³¹ « L'exécution des garanties », *supra* note 128.

possession des inventaires de ce dernier. Comme l'affirmait le juge Gonthier de la Cour suprême du Canada à l'occasion de l'affaire *Atomic Slipper*, « [i]l n'y a donc rien qui empêche une banque de prendre possession des biens si elle a acquis ce droit par convention et que le débiteur ne s'y oppose pas. En tel cas, elle n'a pas à rechercher une autorisation judiciaire afin de procéder à la réalisation de sa garantie ». ¹³²

Advenant l'insolvabilité du client, la partie XI de la *L.F.I.* trouverait probablement application. Le « séquestre/receiver » de la banque devrait, en principe, être redevable des obligations prévues aux articles 246 et 247 de la *L.F.I.* En outre, il devrait administrer les biens « en toute honnêteté et de bonne foi » et selon « les pratiques commerciales raisonnables ». De plus, il devrait produire des rapports décrivant l'exercice de ses fonctions à l'égard des biens.

Or, comme l'affirme M^e Riendeau, les dispositions du C.C.Q. concernant l'administration du bien d'autrui poursuivent des fins analogues. ¹³³ Et, comme le rappelle le professeur Jacques Deslauriers, « [...] les législateurs ont eu en 1992 et 1994 des objectifs et des motivations semblables. Cependant, alors qu'autrefois d'aucuns affirmaient être assujettis à la loi de la jungle face à certains de leurs créanciers, maintenant, nous nageons dans une multitude de systèmes d'avis et de contrôle [...] » ¹³⁴

On peut alors se demander si le législateur aura l'intention de s'arrimer au droit privé de la province de Québec. Dans l'affirmative, on peut imaginer l'utilité d'assujettir le « séquestre/receiver » prenant possession des biens du débiteur insolvable au nom d'une banque aux règles du C.C.Q. sur l'administration du bien d'autrui.

Le préavis

Le paragraphe 244(1) de la *L.F.I.* impose à tous les créanciers garantis l'obligation de faire parvenir un préavis au débiteur insolvable avant de mettre leur garantie à exécution. ¹³⁵ En particulier, le créancier garanti ne peut mettre à exécution sa garantie avant l'expiration d'un délai de dix jours. De son côté, toutefois, le C.C.Q. prévoit le délaissement immédiat des biens du débiteur lorsque ces derniers risquent de déperir ou lorsqu'il est à craindre que la créance ne soit mise en péril. ¹³⁶ Il y aurait, à première vue, incompatibilité entre cette possibilité d'obtenir le délaissement immédiat des biens du débiteur et l'obligation d'émettre un préavis de 10 jours en vertu du paragraphe 244(1) de la *L.F.I.* Ce dernier devrait avoir préséance. On peut toutefois réfléchir sur l'opportunité d'harmoniser ces dispositions.

2.5. La faillite des sociétés et des fiducies québécoises

Les récents changements apportés à la fiducie de droit civil et l'introduction du patrimoine d'affectation autonome soulèvent la question de savoir quelles sont les règles applicables lorsque ce patrimoine est plongé dans une situation d'insolvabilité. La même question se pose, par ailleurs, à l'égard des sociétés.

¹³² *Atomic Slipper Co. c. Banque nationale du Canada*, [1991] 1 R.C.S.1059 à la p. 1081.

¹³³ « L'exécution des garanties », *supra* note 128 aux pp. 28 et s.

¹³⁴ « Conférence sur le projet de loi S-22 », *supra* note 36 à la p. 15.

¹³⁵ On a reconnu que le préavis de 60 jours prévu aux articles 2757 et 2758 C.C.Q. équivaut, quant à son but et à son esprit, à celui exigé au paragraphe 244(1) de la *L.F.I.* L'envoi du préavis de 60 jours libère par conséquent le créancier de son obligation d'envoyer le préavis du paragraphe 244(1) de la *L.F.I.* *Société en fiducie de la Banque de Hongkong c. Développements sociaux du Sud-ouest*, [1996] R.D.I. 331 (C.S. Qué.).

¹³⁶ Art. 2767(1) C.C.Q.

La faillite des sociétés

L'assujettissement au régime de la faillite prévu par la *L.F.I.* suppose la présence d'un débiteur insolvable, d'un failli, à tout le moins d'une entité ayant la personnalité juridique.¹³⁷ Or, elle assimile « les sociétés de personnes » à des « personnes ».¹³⁸

En droit québécois, une société peut prendre quatre formes : elle peut se constituer en nom collectif, en commandite, en participation ou par actions.¹³⁹ Dans ce dernier cas, on parle de « personne morale ».¹⁴⁰ Or, la personne morale a une personnalité juridique distincte.¹⁴¹

Le code est moins limpide en ce qui concerne les autres sociétés. On peut relever certains indices, toutefois, qui tendent à démontrer que la société en nom collectif peut posséder certains attributs de la personnalité juridique.¹⁴² Par exemple, l'article 2198 du *C.C.Q.*, qui traite des sociétés en nom collectif, prévoit que « [l']associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il promet d'y apporter ». Selon l'article 2225 du *C.C.Q.*, une société en nom collectif peut ester en justice, en demande comme en défense. L'article 2199 du *C.C.Q.* est un peu plus explicite :

« L'apport de biens est réalisé par le transfert des droits de propriété ou de jouissance et par la mise des biens à la disposition de la société. [...] L'apport en jouissance de biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société transfère la propriété des biens à la société, à la charge, pour celle-ci, d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur » [soulignements ajoutés] ».

Une entité juridique qui peut détenir une créance, qui peut ester en justice et à qui l'on peut transférer la propriété sur des biens ressemble bien à une entité dotée de la personnalité juridique. On peut soutenir la même affirmation en ce qui concerne les sociétés en commandite. En effet, selon l'article 2241 du *C.C.Q.* :

¹³⁷ La *L.F.I.* définit « failli », au paragraphe 2(1), comme suit :

« [p]ersonne qui a fait une cession ou contre laquelle a été émise une ordonnance de séquestre. Peut aussi s'entendre de la situation juridique d'une telle personne ».

Elle définit « personne insolvable », au paragraphe 2(1), comme suit :

« [p]ersonne qui n'est pas en faillite et qui réside au Canada ou y exerce ses activités ou qui a des biens au Canada, dont les obligations, constituant à l'égard de ses créanciers des réclamations prouvables aux termes de la présente loi, s'élèvent à mille dollars et, selon le cas :

- a) qui, pour une raison quelconque, est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance;
- b) qui a cessé d'acquitter ses obligations courantes dans le cours ordinaire des affaires au fur et à mesure de leur échéance;
- c) dont la totalité des biens n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, ou ne suffirait pas, s'il en était disposé lors d'une vente bien conduite par autorité de justice, pour permettre l'acquittement de toutes ses obligations échues ou à échoir. »

¹³⁸ Pour les fins de son application, en vertu du paragraphe 2(1) sont des « personnes » :

- a) les sociétés de personnes, associations non constituées en personne morale, personnes morales, sociétés ou organisations coopératives et leurs successeurs;
- b) les héritiers, liquidateurs de succession, exécuteurs testamentaires et administrateurs et autres représentants légaux de toute personne, conformément à la loi applicable en l'espèce. »

¹³⁹ Art. 2188 *C.C.Q.*

¹⁴⁰ Art. 2188(2) *C.C.Q.*

¹⁴¹ Art. 298 *C.C.Q.*

¹⁴² De leur côté, il semble que les sociétés en participation soient dépourvues de personnalité juridique. En effet, comme le souligne le professeur Yves Lauzon, la société en participation ne peut jouir de la personnalité civile puisque chaque employé demeure propriétaire des biens constituant son apport social. Y. Lauzon, « Du contrat de société et d'association » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 2, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 955 aux pp. 960 et s. Voir aussi c. Bouchard, « Le dynamisme nouveau de la notion de société : l'autonomie patrimoniale hors du cadre de la personnalité morale », dans *Les sociétés, les fiduciaires et les entités hybrides en droit commercial contemporain : Conférences commémoratives Meredith 1997*, Montréal, Faculté de droit, Université McGill, 1997, 17 aux pp. 24 et s [ci-après « Le dynamisme nouveau de la notion de société »].

« Pendant la durée de la société, le commanditaire ne peut, de quelque manière, retirer une partie de son apport en biens au fonds commun, à moins d'obtenir le consentement de la majorité des autres associés et que suffisamment de biens subsistent, après ce retrait, pour acquitter les dettes de la société » [soulignements ajoutés].

Si une société en commandite a des dettes, ne pourrait-on pas affirmer qu'elle possède un patrimoine et qu'elle peut devenir insolvable? D'autant plus que les règles relatives à la société en nom collectif sont applicables à la société en commandite.¹⁴³ Toutefois, selon les commentaires du ministre de la Justice du Québec, bien que la doctrine et la jurisprudence :

« [...] ont maintes fois reconnu l'existence d'une certaine personnalité juridique aux sociétés, particulièrement à l'égard des sociétés commerciales, en nom collectif ou en commandite », on n'a « jamais considéré cette personnalité aussi complète que celle qui est attribuée aux compagnies, par exemple ».¹⁴⁴

L'attribution de la personnalité juridique aux sociétés, toujours selon les commentaires du ministre de la Justice, ne comporterait pas d'avantages réels particuliers et risquerait de créer une disparité de traitement par rapport aux sociétés constituées partout ailleurs en Amérique du Nord, lesquelles ne sont pas dotées de la personnalité juridique.¹⁴⁵ Plus particulièrement, elle se distinguerait de la situation qui prévaut dans les autres provinces canadiennes.¹⁴⁶

Dans un récent arrêt portant sur le droit des sociétés, le juge Brossard de la Cour d'appel du Québec déclarait ceci :

« Au Québec, la tendance majoritaire, tant en doctrine qu'en jurisprudence, fut jusqu'ici de reconnaître à la société un patrimoine distinct et la personnalité morale, quoiqu'on ait parfois qualifié cette dernière d'incomplète.[...] Or, le droit de propriété est un attribut d'une personne et ne peut donc exister qu'en faveur d'une personne physique ou morale. Mon argumentation est à l'effet que la société n'a pas de personnalité juridique distincte de celle des personnes qui la composent et que, par voie de conséquence, elle ne peut avoir un patrimoine distinct de celui de ses associés. [...] ce qu'il importe de considérer dans le cas de la société est que tous ses actes administratifs ou juridiques (signer des contrats, gérer des biens, posséder des biens), qui paraissent souvent posés en son nom propre, ne le sont qu'en sa qualité de mandataire des associés et en fonction des ententes spécifiques intervenues entre ces derniers [...] Je ne crois pas que le code québécois accorde implicitement la personnalité aux sociétés. Au contraire, il me semble que ses dispositions confirment plutôt l'absence de personnalité de la société et son incapacité à détenir des biens ».¹⁴⁷

Pour la professeure Charline Bouchard, cette interprétation semble bien restrictive compte tenu des attributs que le législateur québécois reconnaît aux sociétés depuis 1994.¹⁴⁸ Selon elle, on

¹⁴³ Art. 2249 C.C.Q.

¹⁴⁴ *Commentaires du Ministre*, supra note 82 aux pp. 1378-1379.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Huffman c. Ross*, [1926] R.C.S. 5; *Re Gillepsi* (1913), 3 W.W.R. 791 (Man. K.B.); *Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1961), 48 M.P.R. 56 (N.-B. C.A.).

¹⁴⁷ *Québec (Ville de) c. Compagnie d'immeubles Allard Ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 aux pp. 1573, 1575, 1579 et 1581 (C.A.).

¹⁴⁸ La professeure Bouchard écrit :

« [...] contrairement à la position de la jurisprudence récente, les sociétés bénéficient d'un patrimoine d'affectation autonome et de plusieurs attributs juridiques. En fait, qu'il s'agisse de la personnalité morale ou d'un patrimoine d'affectation, les conséquences externes sont semblables : les sociétés en nom collectif et en commandite ont un nom, un domicile, peuvent agir en justice sous ce nom, et elles ont la capacité juridique pour acquérir et vendre leurs biens sous leur propre nom, et cela indépendamment d'un changement d'associés ».

« Le dynamisme nouveau de la notion de société », supra note 142 aux pp. 60-61. Voir les articles 2189, 2197, 2225 C.C.Q.; *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q. c. P-45, art. 10, 13, 18.

devrait considérer la société en nom collectif et la société en commandite comme étant titulaires d'un patrimoine d'affectation autonome, un peu à la façon des fiducies.¹⁴⁹ Cette qualification serait-elle suffisante pour permettre à ces sociétés de faire faillite? Le professeur Albert Bohémier rappelle la position de la jurisprudence et de la doctrine à ce sujet :

« Pour les fins de la *Loi sur la faillite*, la doctrine et la jurisprudence refusent de reconnaître la qualité de personne à la société. Celle-ci ne peut être constituée en état de faillite que par la faillite de tous les associés. Toutes les procédures en matière de faillite doivent être prises par ou contre les associés eux-mêmes et jamais par ou contre la société elle-même ».¹⁵⁰

Il est bon de rappeler que le statut de personne a été reconnu aux associations non constituées en corporation et que, partant, celles-ci peuvent faire faillite.¹⁵¹ Or, si les associations non constituées en corporation peuvent faire faillite, pourquoi devrait-il en être autrement pour les sociétés? Le fait que la *L.F.I.* prévoit expressément des règles concernant la mise en faillite des associés d'une société de personnes doit-il être nécessairement interprété comme ayant pour but d'enlever le droit de poursuivre la société comme telle?¹⁵²

Nous pourrions ajouter que la règle 109 des R.G.F.I. semble prévoir expressément le cas où une société de personnes fait l'objet d'une ordonnance de séquestre.¹⁵³ Et que le C.C.Q. y fait également allusion.¹⁵⁴ Nous pourrions aussi réfléchir aux propos que tenait le professeur Albert Bohémier :

« Parce que la loi le prévoit, parce qu'elle reconnaît le statut de personne à une société, nous croyons qu'une société peut être mise en faillite au même titre qu'une succession, que les exécuteurs testamentaires ou qu'une association non constituée en corporation ».¹⁵⁵

Comme la question de l'attribution de la personnalité juridique aux sociétés semble toujours ouverte, celle de la mise en faillite de celle-ci l'est tout autant. Elle prend une toute autre dimension, toutefois, lorsqu'elle se pose au niveau du législateur fédéral dans une loi, comme la *L.F.I.*, qui entretient des liens étroits avec le droit civil québécois mais aussi avec le droit privé des autres provinces canadiennes et qui a pour objectif de traiter tous les créanciers sur le même pied.

Faillite des fiducies québécoises

Depuis la réforme du Code civil en 1994, les fiducies constituent des patrimoines d'affectation autonomes et réunissent un bien ou un certain nombre de biens.¹⁵⁶ Étant affectés de façon autonome, ces biens ne sont reliés à aucun titulaire. Ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le

¹⁴⁹ C. Bouchard, « Le fondement du patrimoine autonome des sociétés de personnes » (1996) 2 C.P. du N. 33. Actuellement, le C.C.Q. reconnaît la constitution d'un patrimoine d'affectation dans le cadre de la fondation et de la fiducie. Voir art. 1256 C.C.Q. et s.

¹⁵⁰ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 à la p. 141. Voir aussi *Re Noble & Son* (1924-25), 5 C.B.R. 147 (Ont. S.C.); *Re Walkeam*; *Ex Parte Walkeam* (1924-25), 5 C.B.R. 821 (Ont. S.C.); L.-J. de la Durantaye, *Traité de la faillite en la province de Québec*, Montréal, Chez l'auteur, 1934, p. 80; L. W. Houlden « Comment » (1954) 33 C.B.R. 200.

¹⁵¹ *Argus Adjusters and Appraisers Ltd. c. Assistance Loan and Finance Corporation*, [1964] B.R. 375 [ci-après *Argus Adjusters*].

¹⁵² Art. 43(15), 43(16), 85, 142 et 153 *L.F.I.*

¹⁵³ La règle 109 des R.G.F.I. prévoit que :

« [e]n cas de faillite d'une société de personnes, les créanciers de la société et de chacun des associés faillis sont convoqués collectivement à la première assemblée des créanciers » [soulignement ajouté].

¹⁵⁴ Art. 2248 C.C.Q. Selon les commentaires du ministre de la Justice, cet article s'applique « en cas de faillite ou d'insolvabilité de celle-ci », soit la société en commandite. *Commentaires du Ministre*, supra note 82 à la p. 1417.

¹⁵⁵ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 à la p. 142. Voir *Argus Adjusters*, supra note 151.

¹⁵⁶ Art. 1260 C.C.Q. et s.

bénéficiaire ne possède à leurs égards de droit de propriété.¹⁵⁷ Le fiduciaire, lui-même, n'a que la maîtrise des biens qui ont été transférés dans le patrimoine.¹⁵⁸ Il découle de ceci que la faillite de l'un de ces personnages ne peut entraîner le transfert entre les mains du syndic des biens qui font l'objet de la fiducie. L'alinéa 67(1)a) de la *L.F.I.* est probablement, à cet égard, inapplicable.¹⁵⁹

Il est bon de noter que les fonctions du fiduciaire à titre d'administrateur du bien d'autrui cessent au moment où ce dernier ou le bénéficiaire devient failli.¹⁶⁰ Aussi, selon le professeur Albert Bohémier, on pourrait toujours trouver appui sur l'alinéa 67(1)d) de la *L.F.I.* pour affirmer que les « pouvoirs » qu'exerçait le fiduciaire sur les biens faisant l'objet du patrimoine d'affectation sont dévolus au syndic.¹⁶¹

La question de la faillite de la fiducie, elle-même, mérite d'être soulevée. On pourrait, ainsi, se demander si l'introduction de la notion de « patrimoine d'affectation autonome » dans le droit commun québécois n'a pas eu pour effet de créer une entité juridique proche de la personne morale. De là à affirmer que ce patrimoine d'affectation sans maître, tel un chevalier sans tête, dispose de la personnalité juridique, il n'y a qu'un pas que nous ne sommes pas encore en mesure de franchir.

2.6. Rôles du syndic

La *L.F.I.* traite du syndic dans une partie de la loi consacrée aux « fonctionnaires administratifs ». À ce titre, le syndic est considéré comme un officier de la Cour.¹⁶² Mais le statut que lui confère la *L.F.I.* est beaucoup plus complexe. En fait, le professeur Albert Bohémier écrit au sujet de la qualification du titre du syndic qu'il s'agit d'un des sujets les plus difficiles du droit de la faillite.¹⁶³ Nous nous limiterons, par conséquent, à aborder les problématiques que présentent les différents rôles que le syndic est appelé à jouer selon la *L.F.I.* soit : « fiduciaire/trustee », cessionnaire, administrateur du bien d'autrui, « séquestre/receiver » et propriétaire.

Fiduciaire/trustee

L'article 15.1 de la *L.F.I.* prévoit spécifiquement que « le syndic est un fiduciaire au sens du *Code criminel* ». Cette désignation vise, selon nous, à permettre l'application à l'encontre du syndic de certaines dispositions du *Code criminel* concernant les obligations fiduciaires. Or, le *Code criminel* définit le « fiduciaire » en faisant un renvoi au droit privé des provinces. Au Québec, ceci permettrait de prétendre que les dispositions du C.C.Q. en matière de fiducie — et, par renvoi, les dispositions concernant l'administrateur du bien d'autrui — s'appliquent au syndic. Or, il serait douteux que les biens du débiteur, au moment de la faillite, soient transférés dans un patrimoine

¹⁵⁷ Art. 1261 C.C.Q.

¹⁵⁸ Art. 1278 C.C.Q.

¹⁵⁹ L'alinéa 67(1)a) de la *L.F.I.* précise, par ailleurs, que les biens détenus par le failli en fiducie pour le bénéfice d'un tiers sont exclus des biens dévolus au syndic. Voir « Recherche de bijuridisme », *supra* note 33 à la p. 881.

¹⁶⁰ Art. 1355 C.C.Q.

¹⁶¹ « Recherche de bijuridisme », *supra* note 33 à la p. 882. L'alinéa 67(1)d) de la *L.F.I.* prévoit que :

« Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, [...] comprennent : [...]

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice. »

Toutefois, les mots « pour son propre bénéfice » semblent restreindre l'application de cette disposition à une situation ne s'apparentant pas à la fiducie québécoise.

¹⁶² *Re Roy* (1963), 4 C.B.R. (NS) 275 (C.S. Qué.); *Touche Ross Limited c. Weldwood of Canada Sales Limited* (1983), 48 C.B.R. (NS) 83 (Ont. H.C.J.).

¹⁶³ *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 21 à la p. 714.

d'affectation autonome sans maître. En effet, comme le rappelle la professeure Madeleine Cantin Cumyn, « [l]e failli, quoique privé de la capacité d'exercice, conserve le titre jusqu'au moment où les biens sont vendus par le syndic »¹⁶⁴

En fait, pour traduire le plus fidèlement possible l'intention du législateur, on devrait peut-être lire « pour les fins de l'application du *Code criminel*, le syndic est considéré comme un fiduciaire ». On peut se demander toutefois s'il n'y a pas lieu de profiter de cette problématique pour revoir la désignation du syndic dans la *L.F.I.*

Cessionnaire

Lorsque le débiteur fait une cession de ses biens au syndic, ce dernier est alors investi de la saisine des biens dont le débiteur-cédant était réellement propriétaire, de ce qui constituait le gage commun des créanciers.¹⁶⁵ Au terme d'une analyse portant précisément sur la qualification du syndic, M^e Michel Deschamps concluait que le syndic peut être considéré davantage comme un cessionnaire qu'un successeur du débiteur ou un représentant des créanciers.¹⁶⁶ Selon le professeur Albert Bohémier, toutefois, le titre de syndic se prête mal à une qualification unique.¹⁶⁷ De son côté, la professeure Madeleine Cantin Cumyn affirme, avec vigueur, qu'en regard du rôle qu'est appelé à jouer le syndic « la qualité de "cessionnaire" est une solution fantaisiste et excessive ».¹⁶⁸ Selon elle, « [l]orsque la législation sur la faillite entraîne l'application du droit privé du Québec, le syndic ne peut recevoir qu'une seule désignation, soit celle d'administrateur du bien d'autrui ».¹⁶⁹ C'est la notion que nous verrons maintenant.

Administrateur du bien d'autrui

On peut noter un certain nombre de dissemblances entre les pouvoirs exercés par le syndic et les obligations assumées par l'administrateur du bien d'autrui. L'administrateur du bien d'autrui assume la simple ou la pleine administration d'un bien ou d'un patrimoine qui n'est pas le sien.¹⁷⁰ La simple administration se limite à poser tous les actes nécessaires à la conservation du bien,¹⁷¹ à percevoir les fruits et les revenus,¹⁷² à exercer les droits de vote attachés aux valeurs mobilières en sa possession¹⁷³ et à continuer l'exploitation du bien.¹⁷⁴ La pleine administration impose l'obligation

¹⁶⁴ M. Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Yvon Blais, 2000 à la p. 112. Le juge Jean Guibault de la Cour supérieure du Québec semblait être de cet avis lorsqu'il a affirmé, à l'occasion de l'affaire *Auger c. Harvey*, qu'un débiteur ne perd pas la propriété de ses biens en faisant faillite et que le transfert des biens de ce dernier entre les mains du syndic n'emporte pas transfert de propriété pour autant. *Auger c. Harvey*, [2000] R.J.Q. 2075 à la p. 2078 (C.S.).

¹⁶⁵ *Re Civano Construction Inc., Gingras c. Credit M.G. Inc.* (1962) 3 C.B.R. (NS) 141 à la p. 146 (C.S. Qué.); *Banque de Nouvelle-Écosse c. Perras, Fafard*, [1985] C.A. 21.

¹⁶⁶ J.-M. Deschamps, « Le syndic : un successeur du débiteur? Un cessionnaire? Un représentant des créanciers? », dans *Les faillites : Problèmes actuels et perspectives d'avenir : Conférences commémoratives Meredith 1985*, Toronto, R. De Boo Publishers, 1986, 245 à la p. 264.

¹⁶⁷ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 à la p. 718.

¹⁶⁸ *L'administration du bien d'autrui*, supra note 164 à la p. 111.

¹⁶⁹ *Ibid.* Il faut préciser que, contrairement à M^e Deschamps et au professeur Bohémier, la professeure Cantin Cumyn a l'avantage de traiter de cette question dans l'environnement conceptuel du C.C.Q.

¹⁷⁰ Art. 1299 C.C.Q.

¹⁷¹ Art. 1301 C.C.Q.

¹⁷² Art. 1302 C.C.Q.

¹⁷³ Art. 1302 C.C.Q.

¹⁷⁴ Art. 1303 C.C.Q.

de conserver et de faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation.¹⁷⁵ L'administrateur peut alors aliéner le bien à titre onéreux ou le grever d'un droit réel.¹⁷⁶

Le syndic, avant de procéder à l'administration des biens du débiteur, doit obtenir une licence délivrée par le bureau du surintendant.¹⁷⁷ Par la suite, le syndic doit verser un cautionnement afin de couvrir la valeur de l'actif.¹⁷⁸ Une fois les biens du débiteur transférés entre les mains du syndic,¹⁷⁹ ce dernier reçoit de la L.F.I. les pouvoirs d'administrer et de vendre les biens du débiteur sous la surveillance d'inspecteurs et non ceux de faire fructifier l'actif.¹⁸⁰ En tout temps, le surintendant peut intervenir auprès du syndic et lui donner des instructions relativement à l'exercice de ses fonctions.¹⁸¹ Ces éléments, empreints du caractère quasi-criminel de la procédure de mise en faillite, volontaire ou forcée, permettent de distinguer le syndic de l'administrateur du bien d'autrui.

Séquestre/receiver

En ce qui a trait à l'acquisition et la possession des biens du failli, le syndic est dans la même position qu'un séquestre nommé par un tribunal.¹⁸² La L.F.I. a ainsi emprunté le régime du *receivership* directement du droit anglais.¹⁸³ On peut se demander qu'elle est l'utilité réelle de cette qualification. Apparemment, il s'agit d'un concept tout à fait étranger au droit civil québécois.

Le C.C.Q. reconnaît l'existence de deux séquestres : le séquestre conventionnel et le séquestre judiciaire. Lorsque choisi de façon conventionnelle, le séquestre est la personne à qui l'on remet les

¹⁷⁵ Art. 1306 C.C.Q.

¹⁷⁶ Art. 1307 C.C.Q.

¹⁷⁷ Art. 13 L.F.I.

¹⁷⁸ Par. 16(1) L.F.I.

¹⁷⁹ Par. 71(2) L.F.I.

¹⁸⁰ Art. 30 L.F.I. La liste des pouvoirs du syndic est assez longue. Nous la reproduisons ici :

« Avec la permission des inspecteurs, le syndic peut :

a) vendre ou autrement aliéner, à tel prix ou moyennant telle autre contrepartie que peuvent approuver les inspecteurs, tous les biens ou une partie des biens du failli, y compris l'achalandage, s'il en est, ainsi que les créances comptables échues ou à échoir au crédit du failli, par soumission, par enchère publique ou de gré à gré, avec pouvoir de transférer la totalité de ces biens et créances à une personne ou à une compagnie, ou de les vendre par lots;

b) donner à bail des biens immeubles;

c) continuer le commerce du failli, dans la mesure où la chose peut être nécessaire pour la liquidation avantageuse de l'actif;

d) intenter ou contester toute action ou autre procédure judiciaire se rapportant aux biens du failli;

e) employer un avocat ou autre mandataire pour engager des procédures ou pour entreprendre toute affaire que les inspecteurs peuvent approuver;

f) accepter comme contrepartie pour la vente de tout bien du failli une somme d'argent payable à une date future, sous réserve des stipulations que les inspecteurs jugent convenables quant à la garantie ou à d'autres égards;

g) contracter des obligations, emprunter de l'argent et fournir des garanties sur tout bien du failli par voie d'hypothèque, de privilège, de cession, de nantissement ou autrement, telles obligations devant être libérées et tel argent emprunté devant être remboursé avec intérêt sur les biens du failli, avec priorité sur les réclamations des créanciers;

h) transiger sur toute dette due au failli et la régler;

i) transiger sur toute réclamation faite par ou contre l'actif;

j) partager en nature, parmi les créanciers et selon sa valeur estimative, un bien qui, à cause de sa nature particulière ou d'autres circonstances spéciales, ne peut être promptement ni avantageusement vendu;

k) décider de retenir, durant la totalité ou durant une partie de la période restant à courir, ou de céder, abandonner ou résilier tout bail ou autre intérêt provisoire se rattachant à un bien du failli;

l) nommer le failli pour aider à l'administration de l'actif de la manière et aux conditions que les inspecteurs peuvent ordonner. »

¹⁸¹ Par. 5(4) L.F.I.

¹⁸² Par. 16(4) L.F.I.

¹⁸³ Le paragraphe 16(4) de la L.F.I. tire son origine du paragraphe 39(2) de la *Loi de faillite* de 1919. Le législateur de l'époque avait rédigé cet article en s'inspirant des lois britanniques : *Bankruptcy Act* (R.-U.), 1869, c. 71, art. 20, repris dans *Bankruptcy Act* (R.-U.), 1883, c. 52, par. 50(2) et dans *Loi de faillite anglaise de 1914*, *supra* note 21, par. 48(2).

biens qui font l'objet d'une dispute.¹⁸⁴ Or, le paragraphe 16(4) de la *L.F.I.* réfère au séquestre nommé par le tribunal. Il ne s'agirait donc pas du séquestre conventionnel du C.C.Q. Le séquestre judiciaire, de son côté, est décrit au *C.P.C.* comme étant la personne à qui le tribunal ordonne de conserver un bien lorsque les droits des parties à un litige sont en jeu.¹⁸⁵ Apparemment, ce personnage, nommé dans des circonstances très particulières, se distingue du syndic. Aussi, la Cour d'appel du Québec a-t-elle déclaré qu'il ne fallait pas assimiler le séquestre judiciaire au séquestre des biens et au syndic de faillite.¹⁸⁶

Selon nous, il est probablement inutile de conserver, de nos jours, la référence au mécanisme de *receivership* puisqu'il est clair en vertu des dispositions de la *L.F.I.* que les biens du débiteur sont dévolus au syndic et que ce dernier en prend possession et les administre.

Propriétaire

Lorsque le débiteur est propriétaire d'un bien immeuble au moment de faire cession de ses biens, le paragraphe 74(2) de la *L.F.I.* reconnaît au syndic le droit d'être enregistré comme le propriétaire du bien libre de toute charge. Il faut, au préalable, que le syndic enregistre la cession.¹⁸⁷ En cas de défaut, le débiteur demeure toujours propriétaire de ses biens, et toute cession, tout transport, toute hypothèque, tout droit réel consenti par le syndic est sans effet.¹⁸⁸

En *common law*, cette disposition ne pose aucun problème conceptuel. En effet, le syndic, à titre de *trustee*, acquiert la « propriété-fiduciaire » des biens du débiteur, conformément au droit du *trust*.¹⁸⁹ En droit civil, par contre, cette désignation présente une certaine ambiguïté conceptuelle.

En tout premier lieu, le droit de propriété, dans un régime civiliste, est composé de trois éléments : (1) le *fructus*, (2) l'*usus* et (3) l'*abusus*.¹⁹⁰ La réunion de ces trois éléments confère au propriétaire la liberté de jouir de son bien, d'en tirer les fruits et d'en disposer dans les limites imposées par la loi. Or, la *L.F.I.* définit de façon limitative les pouvoirs du syndic, comme on l'a vu un peu plus haut. De plus, le syndic doit exercer son « droit de propriété » non pas pour ses propres fins mais pour le bénéfice de la masse des créanciers. C'est probablement ce qui a amené le juge Bernier de la Cour d'appel du Québec à déclarer « [c]e n'est pas à titre personnel mais bien à titre de fiduciaire qu'un syndic devient propriétaire des biens cédés, et les fins de la *Loi sur la faillite* sont les conditions attachées à son droit de propriété, soit la liquidation au profit des créanciers [...] » [soulignements ajoutés].¹⁹¹

Or, comme l'affirme le professeur Albert Bohémier, il est difficilement concevable en droit civil qu'une personne soit propriétaire de biens pour le bénéfice d'autrui et non pour son propre bénéfice.¹⁹² C'est, malgré cela, la situation décrite par le juge Denis Durocher de la Cour supérieure du Québec reprise par le juge Nuss de la Cour d'appel du Québec et selon laquelle, dès la faillite,

¹⁸⁴ Art. 2307 C.C.Q. Ce dépôt porte aussi le nom de « séquestre »; art. 2305 C.C.Q.

¹⁸⁵ Art. 742 C.P.C. et s.

¹⁸⁶ *Re André Radio Ltée: Compagnie de fiducie du Canada Permanent c. Moquin, Ménard, Giroux, Daoust Inc.*, [1988] R.J.Q. 2327 (C.A.).

¹⁸⁷ *Gobeil c. Cie H. Fortier*, [1982] 1 R.C.S. 988 aux pp. 1002-1003.

¹⁸⁸ *Re J.W. Kilgour and Bros Ltd : Corporation municipale de la ville de Coaticook c. Dionne*, [1997] C.S. 1082 à la p. 1083.

¹⁸⁹ D.W.M. Waters, *Law of Trust in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984 aux pp. 449 et s., 574 et s.; F.H. Lawson et B. Rudden, *The Law of Property*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1982 aux pp. 6 et s., 100 et s.

¹⁹⁰ Art. 947 C.C.Q.

¹⁹¹ *Lefavre c. Côté*, [1975] C.A. 691 à la p. 692.

¹⁹² *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 à la p. 715.

« [...] les biens du débiteur deviennent la propriété du syndic et le patrimoine des créanciers ». [soulignement ajouté]¹⁹³

Cette conception du droit de propriété se rapproche davantage de celle qui prévaut en *common law* où le *trustee* acquiert le *legal title* et où les bénéficiaires acquièrent le *beneficial title*.¹⁹⁴ En revanche, elle s'oppose à la fiducie de droit civil qui constitue un patrimoine d'affection autonome dont ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire est propriétaire des biens ainsi affectés.¹⁹⁵

Comme on peut le constater, la désignation des rôles du syndic constitue une véritable valse entre les concepts de fiducie, d'administration du bien d'autrui, de cession, de séquestre et de propriété. Ce qui rend cette désignation encore plus compliquée, du point de vue civiliste, est le contexte statutaire dans lequel ces rôles sont définis. Un contexte, en ce qui concerne la *L.F.I.*, qui est très fortement empreint de *common law*.

3. Problèmes d'ordre général

3.1. La création de nouvelles sûretés

Le droit provincial prévoit généralement les règles encadrant la constitution de sûretés et l'exercice des recours permettant à leur titulaire de faire valoir leurs droits. Or, il arrive que le législateur fédéral crée, de son côté, de nouveaux mécanismes de sûreté, généralement en faveur de la Couronne. Cela soulève certaines interrogations en ce qui a trait à la constitution de ces mécanismes et au droit de préférence qu'ils confèrent par rapport aux autres sûretés que l'on retrouve dans le droit commun. Par ailleurs, la désignation d'une sûreté peut poser un problème d'ordre terminologique qui n'est pas sans importance.

Désignation terminologique des sûretés

Sous l'ancien Code, de nombreux termes étaient en usage afin de désigner des mécanismes de sûreté. Avec la réforme du droit civil, le législateur a abandonné plusieurs de ces mécanismes les plongeant, du coup, dans la désuétude.¹⁹⁶ Le C.C.Q. ne retient plus que les priorités, les hypothèques et quelques autres mécanismes tels que le droit de rétention, le cautionnement, les « sûretés-proprétés » et les « sûretés-fiducies ». D'une part, ces changements n'ont pas encore été transposés dans la législation fédérale.¹⁹⁷ D'autre part, il arrive que le législateur fédéral utilise le

¹⁹³ *Lacoursière c. Westmount (Town)*, [1998] R.J.Q. 1784 (C.A.) Voir, en première instance, *Kostadinova Gantcheff (Syndic de)*, [1996] R.J.Q. 3030 à la p. 3032 (C.S.).

¹⁹⁴ Voir *The Law of Property*, supra note 189 à la p. 6 et s., 100 et s.; J. Beaulne, *Droit des fiducies*, coll. Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998 à la p. 118.

¹⁹⁵ Il est bon de rappeler, toutefois, que les titres relatifs aux biens qui composent un patrimoine d'affectation sont établis au nom du fiduciaire. art. 1278 C.C.Q. Voir J.E.C. Brierley, « De certains patrimoines d'affectation », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 735 aux pp. 746 et s., 764. et s.

¹⁹⁶ Dans le C.C.B.C., on retrouvait, par exemple, l'« antichrèse » (art. 1967 C.C.B.C.), le « nantissement » (art. 1966 C.C.B.C.), la « cession de créance en garantie » (art. 1571 C.C.B.C.), la « cession générale de créances comptables » (art. 1966 C.C.B.C.), le « nantissement forestier » (al. 1979a C.C.B.C.), le « nantissement agricole » (al. 1979a C.C.B.C.), le « nantissement commercial » (al. 1979e C.C.B.C.), le « privilège » (art. 1983 C.C.B.C. et s.). Dans le corpus législatif québécois, on retrouvait notamment la « cession de biens en stock » (*Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*, L.R.Q. c. C-53), l'« Acte de fiducie », la « charge flottante », la « charge spécifique » (*Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q. c. P-16), les « transports en garantie de créances » (*Loi sur le crédit forestier*, L.R.Q. c. C-78, *Loi sur le crédit forestier par les institutions privées*, L.R.Q. c. C-78.1, *Loi sur le financement agricole*, L.R.Q. c. F-1.2). Signalons que les expressions « charge spécifique » et « charge flottante » n'apparaissent pas dans la loi comme telle mais qu'elles étaient couramment utilisées dans la communauté juridique. M. Deschamps, « Les sûretés sur les équipements et les stocks » (1987) 1 C.P. du n° 125 aux pp. 146-147.

¹⁹⁷ Voir supra note 35.

terme « charge » pour désigner des mécanismes de sûreté. Or, le terme « charge » a un sens différent en common law et en droit civil. En outre, en common law, le terme « charge » est un synonyme de « garantie » alors qu'en droit civil il aurait un sens qui se limite à la désignation des droits réels.¹⁹⁸

Constitution de sûretés

Le C.C.Q. prévoit généralement que les hypothèques légales ne sont « acquises » à leur titulaire qu'une fois inscrites au registre approprié.¹⁹⁹ Or, le législateur fédéral crée, dans la *L.F.I.*, des mécanismes de sûreté opérant en faveur de certains créanciers sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à leur inscription. C'est le cas, par exemple, de la sûreté attribuée aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux aquiculteurs²⁰⁰ ainsi que celle attribuée au séquestre intérimaire.²⁰¹ Dans ce dernier cas, la procédure de constitution de la sûreté est plutôt étonnante pour le civiliste puisque, pour bénéficier de cette dernière, le séquestre intérimaire se doit de présenter une demande à cet effet devant le tribunal qui décidera, à sa discrétion, s'il est opportun d'accorder une telle sûreté.²⁰²

La *L.F.I.* attribue également une sûreté nouvelle en faveur de la Couronne lorsque surviennent des circonstances très précises.²⁰³ On se rappellera que la *L.F.I.* prévoit des règles particulières en ce qui concerne la validité des sûretés détenues par la Couronne.²⁰⁴ Or, ces règles ne s'appliqueraient pas à cette sûreté nouvelle en raison de sa nature particulière qui relèverait d'un « *interest in land* ». ²⁰⁵ En effet, les « *interest in land* » n'ont pas à faire l'objet d'enregistrement en *common law*.²⁰⁶ Au Québec, où la dualité domaniale est reconnue, la situation serait toute autre.²⁰⁷ Il semblerait que la règle d'inscription des sûretés accordées à la Couronne devrait y trouver

¹⁹⁸ *Dictionnaire de droit québécois*, supra note 81 à la p. 86; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd. corr., Paris, Presses universitaires de France, 1994 à la p. 130; M. Filion, *Dictionnaire du Code civil du Québec*, Saint-Nicolas, Éditions associations entreprises, 1998 à la p. 79; P.-A. Crépeau et al., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 84. Cherchant à savoir si le mot « charge » qui apparaît à la définition de « créancier garanti » dans la *L.F.I.* pouvait comprendre le concept de priorité, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Château d'Amos*, sous la plume du juge Brossard, dissident quant au fond, a déclaré que la notion de « charge » était mal définie en droit civil québécois, contrairement à la notion bien connue de « charge » en *common law*. *Château d'Amos*, supra note 32 à la p. 2635.

¹⁹⁹ Art. 2725(2) C.C.Q.

²⁰⁰ Par. 81.2(1) *L.F.I.*

²⁰¹ Par. 47.2(1) *L.F.I.*

²⁰² *Re N.T.W. Management Ltd* (1994), 29 (3^e) C.B.R. 139 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

²⁰³ Par. 14.06(7) *L.F.I.* Cette sûreté vise à garantir le paiement de la réclamation de cette dernière pour des frais de réparation engendrés à la suite d'un dommage environnemental. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise déverse abondamment des polluants dans une rivière. Au Québec, lorsqu'une contamination environnementale de ce genre survient, le ministère québécois de l'Environnement peut, s'il le juge requis, procéder au nettoyage des contaminants qui se sont déversés, notamment, sur des biens privés immeubles. Le ministère peut, par la suite, se faire rembourser en présentant la facture aux propriétaires de ces immeubles. Si l'un d'eux devient failli ou fait une proposition concordataire, la sûreté nouvelle prend aussitôt naissance. La réclamation du ministère est alors garantie par une sûreté immobilière portant sur l'immeuble sinistré et les immeubles contigus. Cette sûreté garantit le paiement de la réclamation du ministère avant toute autre réclamation. Le ministère peut procéder à l'exécution de cette sûreté « comme s'il s'agissait d'une hypothèque ». *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. c. Q-2, art. 115.1.

²⁰⁴ Art. 86 et 87 *L.F.I.*

²⁰⁵ C'est la situation qui prévaudrait en *common law*. En effet, ce serait en vertu de cet « *interest in land* » que la Couronne pourrait entreprendre les réparations. J. Marin et A. Ichenko, « Amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act* — Bill C-5 Environmental Liabilities of Trustees and Receivers » (1997) 14:2 Nat. Insol. Review 18 à la p. 42.

²⁰⁶ Voir *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, L.R.O. 1990, c. L-5; *Loi sur l'enregistrement des actes*, L.R.O. 1990, c. R-20.

²⁰⁷ Au Québec, les biens appartiennent ou bien aux individus ou bien à l'État. art. 915 C.C.Q.

application. Dans ce cas, il y aurait une véritable disparité entre la situation au Québec et celle des autres provinces.²⁰⁸

Mais la création de nouvelles sûretés ne soulève pas que des questions relatives à leur constitution. Elle ajoute à l'échafaudage de préférences reconnues par le droit commun des droits de nature étrangère pouvant mettre en péril l'équilibre entre les créanciers.

Droits de préférence

Le C.C.Q. ne prévoit que deux causes de préférence : les priorités et les hypothèques.²⁰⁹ Lorsque survient la faillite, la *L.F.I.* supprime les règles ordinaires de droit commun et les créanciers sont traités selon un plan de répartition distinct à moins qu'ils ne soient visés par la définition de « créancier garanti ». ²¹⁰ Dans ce cas, ils pourront exercer leur recours en vertu du droit commun, sous réserve des articles 69 à 69.3 de la *L.F.I.*

Or, le législateur fédéral crée, dans la *L.F.I.*, des mécanismes de sûretés conférant à leur titulaire un droit de préférence, un rang supérieur à tout autre créancier et ce, non pas dans le cadre du plan de répartition mais bien dans le cadre des règles applicables aux créanciers garantis. Par exemple, le paragraphe 14.06(7) de la *L.F.I.* prévoit que « [...] par dérogation aux autres dispositions de la présente loi et à toute règle de droit fédéral et provincial, [la sûreté] a priorité sur tout autre droit, charge ou réclamation visant le bien. »

Il en va de même de la réclamation de l'agriculteur, du pêcheur et de l'aquiculteur à l'égard de la marchandise qu'ils ont livrée au failli.²¹¹ Cette façon de bouleverser l'équilibre prévu selon le droit commun établi par les législateurs provinciaux entre les créanciers munis d'une garantie peut être source de confusion. À tout le moins, en ce qui concerne le droit civil québécois, n'y aurait-il pas lieu d'harmoniser ces mécanismes de sûreté avec ceux prévus au C.C.Q.?

3.2. La notion de « disposition/settlement »

La « disposition de biens/*settlement of property* » est une notion appartenant à la tradition de *common law*. Elle est utilisée dans la législation fédérale, notamment dans la *L.F.I.*²¹² En ce qui concerne cette dernière, la notion de « disposition/*settlement* » a été importée du droit britannique dès 1919.²¹³ En vertu de la jurisprudence traditionnelle, cette notion vise :

- les donations faites à un bénéficiaire,

²⁰⁸ Toutefois, en raison d'une difficulté d'ordre technique, on peut se demander comment la Couronne pourrait parvenir à respecter l'obligation d'inscription qui lui est imposée. En effet, selon le paragraphe 87(1) de la *L.F.I.*, pour que la Couronne puisse bénéficier des avantages de sa sûreté, il faudrait qu'elle l'ait inscrite avant l'une des dates qui y sont énumérées soit : le dépôt d'une pétition de mise en faillite, d'un avis de cession, d'une proposition ou d'un avis d'intention de faire une proposition. Or, il est bon de rappeler que la sûreté attribuée à la Couronne pour garantir le remboursement de ses frais de réparation ne prend naissance qu'au moment où une proposition est déposée ou au moment où le débiteur fait faillite. En d'autres mots, cette sûreté ne prend naissance qu'après l'une ou l'autre des dates énumérées au paragraphe 87(1). On peut alors se demander comment la Couronne aurait-elle pu avoir inscrit la sûreté au préalable? Comment pourrait-elle inscrire une sûreté qui n'est pas encore née afin de respecter les délais imposés par le législateur fédéral?

²⁰⁹ Art. 2647 C.C.Q.

²¹⁰ Art. 136 *L.F.I.*

²¹¹ Par. 81.2(1) *L.F.I.*

²¹² Art. 91 et s. *L.F.I.*

²¹³ *Re Jules Beaulieu* (1942), 24 C.B.R. 197 à la p. 205 (C.A. Qué.); *Re Évaporateur Portneuf Inc.: Angers c. Malouin*, [1962] B.R. 218 [ci-après *Re Évaporateur Portneuf Inc.*]; *Jobin c. The Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 à la p. 1758 (C.A.).

- avec la condition que les biens donnés soient maintenus dans leur forme originale ou dans un état qui permette de les retrouver (on parle alors du *tracing*).²¹⁴

Or, l'aspect « *tracing* » qui caractérise une « disposition/*settlement* » est inconnu en droit civil. En effet, la notion de droit civil de « donation » ne comporte pas cet élément de contrôle puisqu'elle est faite à titre gratuit.²¹⁵ De leur côté, les actes juridiques pouvant faire l'objet d'une « action en inopposabilité » comportent plutôt un élément de fraude.²¹⁶ L'hypothèque qu'un débiteur peut offrir en garantie d'une obligation ne comporte pas non plus cet élément de « *tracing* » car le bien grevé demeure dans le patrimoine du débiteur.²¹⁷ Enfin, bien que la fiducie québécoise constitue un patrimoine d'affectation autonome, l'idée d'y transférer un bien dans le but de le récupérer dans son état original lui est étrangère.²¹⁸

En 1992, le Parlement fédéral a introduit dans la *L.F.I.* une définition de « disposition/*settlement* ». Il s'agit plutôt, à proprement parler, d'une énumération que d'une définition. Le texte de la loi prévoit que la disposition « [s]'entend notamment des contrats, conventions, transferts, donations et désignations de bénéficiaires aux termes d'une police d'assurance faits à titre gratuit ou pour un apport purement nominal ». ²¹⁹

Comme on peut le constater, la notion de *tracing* ne fait pas partie de la soi-disante définition statutaire de « disposition/*settlement* ». Selon nous, même si cette notion en est absente, la jurisprudence devrait maintenir son interprétation traditionnelle en conformité avec le droit anglais.²²⁰ D'autant plus que cette définition utilise les mots « s'entend notamment », ce qui est une indication qu'elle est ni exhaustive ni exclusive.

Aussi, cette notion de « disposition/*settlement* » demeure une notion inconnue en droit civil québécois où l'on applique plutôt la notion d'« aliénation sans contrepartie suffisante ». ²²¹ De toute évidence, une certaine harmonisation serait nécessaire à ce sujet entre la législation fédérale en matière de faillite et le droit civil québécois.

En terminant sur cette partie, il est utile de préciser que le législateur anglais a modifié sa *Loi sur la faillite* pour remplacer la notion de « *settlement* » par celle d'« *act for an undervalue* » qui ne requiert pas la démonstration d'une intention de maintenir le bien dans un état qui le rende « retraçable ». ²²²

²¹⁴ *A.H. Boulton Co. c. Bozanich (Syndic de)*, [1942] R.C.S. 130.

²¹⁵ Art. 1806 C.C.Q.

²¹⁶ Art. 1631 C.C.Q. et s. Il s'agit de ce qui était connu sous l'ancien droit comme étant l'« action paulienne ».

²¹⁷ Art. 2660 C.C.Q. et s.

²¹⁸ Art. 1260 C.C.Q. et s. En *common law*, il semble, au contraire, que la notion de *tracing* soit au cœur de la notion de *trust*, du moins en ce qui concerne les recours traditionnellement reconnus dans le régime d'*equity*. Voir *Law of Trust in Canada*, *supra* note 189 à la p. 883 et s.

²¹⁹ Par. 2(1) *L.F.I.*

²²⁰ Voir *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d'assurance-vie*, [1996] 1 RCS 325.

²²¹ *Re Évaporateur Portneuf Inc.*, *supra* note 213; *Re Promoteurs Inc. : Danyluk c. Franco* (1982) 42 C.B.R. (NS) 2521 (C.A. Qué.); *Re Jobin : Blais, Fortier, Touché et Ross Ltée c. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 (C.A.); *Giroux (Syndic de) c. Giroux*, [1993] R.J.Q. 1515 (C.S.); Voir « Conférence sur le projet de loi S-22 », *supra* note 36 à la p. 13.

²²² *Insolvency Act* (R.-U.), 1986, c. 45, art. 339.

3.3. La notion d'entreprise

Contrairement à la *common law*, le droit civil québécois, sous le *C.C.B.C.*, établissait une dualité de régime soit, d'une part, les affaires civiles et, d'autre part, les affaires commerciales. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence attribuaient le statut de « commerçant » à certains individus et qualifiaient certains actes d'« actes de commerce ». La réforme du Code civil a mis un terme à cette dualité de régime avec l'abandon des notions de « commerçant » et d'« acte de commerce ». Le *C.C.Q.* ne retient désormais que la notion d'« entreprise ».²²³ L'entreprise désigne « toute activité économique organisée » exercée par une personne physique ou une personne morale.²²⁴ Le juge Pierre J. Dalphond énumère certains éléments caractéristiques permettant d'identifier une entreprise :

1. nécessité d'un plan précisant les objectifs de l'entreprise et en fonction duquel l'activité est organisée (qui n'a pas besoin d'être complexe ni même écrit);
2. nécessité d'actifs reliés à la poursuite des objectifs (qui peuvent varier de la gigantesque société avec son personnel, ses outillages et équipements et ses immeubles, au simple coffre d'outils de l'artisan);
3. nécessité d'une série d'actes juridiques habituels, usuels, impliquant l'entrepreneur et faits dans la poursuite des objectifs préétablis;
4. nécessité d'autres intervenants économiques réceptifs aux biens ou services offerts par l'entreprise, généralement définis comme la clientèle, l'achalandage ou le marché;
5. présence d'une valeur économique ou d'un bénéfice directement attribuable aux efforts de l'entrepreneur.²²⁵

Depuis son adoption en 1919, la législation fédérale en matière de faillite, fidèle à ses racines de *common law*, s'applique à toute personne, commerçante ou non. Toutefois, il y est fait un usage variable des mots « *business* », « *carrying on business* », « *trade* » et « *commercial* », surtout en ce qui concerne leur énoncé dans la version française. Par exemple, l'expression « *carry on business* » est tantôt rendue par « exerce ses activités »²²⁶ tantôt par « continuer le commerce ».²²⁷ Autre exemple, l'expression « *trade or business* » est tantôt rendue par « métier ou commerce »²²⁸ tantôt par « commerce ou entreprise ».²²⁹ De plus, la *L.F.I.* continue d'employer des expressions — « exercer le commerce », « faire commerce », « continuer un commerce » — qui avaient un sens sous le *C.C.B.C.* mais qui, avec la réforme du Code civil, sont empreintes d'une désuétude terminologique.

En ce qui concerne la notion d'« entreprise », nous croyons qu'elle soulève d'abord et avant tout une problématique de terminologie. Toutefois, il pourrait en découler indirectement une

²²³ Commentaires du Ministre, *supra* note 82 aux pp. 936-937.

²²⁴ Art. 1525(3) *C.C.Q.*

²²⁵ P.J. Dalphond, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois », [1994] 54 R. du B. 35 aux pp. 43 et s.

²²⁶ Art. 2 *L.F.I.*

²²⁷ Al. 30(1)c) *L.F.I.*

²²⁸ Art. 94 *L.F.I.*

²²⁹ Par. 137(2) *L.F.I.*

problématique de fond. C'est pourquoi l'harmonisation de la loi avec les changements apportés au droit civil québécois serait nécessaire.

3.4. La notion de cautionnement

Au moment d'administrer le patrimoine d'un débiteur failli, le syndic doit, en vertu de la *L.F.I.*, fournir un cautionnement au surintendant des faillites garantissant, en quelque sorte, l'exécution honnête de ses fonctions. Ce cautionnement soulève un autre problème d'harmonisation avec le droit civil québécois.

Le cautionnement de droit civil

L'article 2333 du *C.C.Q.* prévoit que « [l]e cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier, gratuitement ou contre rémunération, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas ». On peut remarquer le caractère tripartite du contrat de cautionnement, son caractère accessoire et subsidiaire et enfin, en raison de l'absence de toute obligation imposée au créancier, son caractère unilatéral.²³⁰ On peut ainsi distinguer le cautionnement de l'assurance, de l'hypothèque et du dépôt.

i) distinction entre le cautionnement de droit civil et l'assurance

Le contrat de cautionnement et le contrat d'assurance partagent certaines caractéristiques. L'idée de risque est présente dans les deux contrats. Pour l'un, il s'agit de la non-exécution de l'obligation, pour l'autre, il s'agit de la perte survenant à la suite d'un sinistre.²³¹ De plus, avec la réforme du Code civil, le cautionnement peut être fourni contre rémunération, un peu comme on achète une police d'assurance. Toutefois, il s'agit de deux contrats fondamentalement distincts. Le cautionnement est un contrat accessoire unilatéral — le créancier n'ayant aucune obligation — alors que le contrat d'assurance est un contrat principal synallagmatique.²³²

Malgré cela, les deux notions sont parfois confondues. Le *Règlement d'application de la Loi sur les assurances* définit ainsi les cautionnements consentis par les compagnies d'assurances au Québec :

« L'assurance de garantie désigne l'assurance-caution et l'assurance contre les détournements. L'assurance-caution garantit le risque du défaut d'exécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation, ou du non-paiement d'une pénalité ou d'une indemnité pour tout défaut, à l'exception de l'assurance-crédit et de l'assurance d'hypothèque. L'assurance contre les détournements garantit la réparation pécuniaire du préjudice causé à l'assuré par la malhonnêteté de ses employés ou préposés, notamment en cas de vol, abus de confiance ou malversation ». ²³³

Toutefois, il semble que la confusion que crée le législateur québécois entre les notions de cautionnement et d'assurance ne soit limitée qu'à l'application de ce règlement. Dans l'affaire *Entreprises Gamelec Inc.*, la Cour d'appel du Québec a, en effet, déclaré que « [l]e règlement est de nature administrative et il ne peut avoir pour effet de changer la nature des contrats d'assurance et de cautionnement, lesquels sont régis par des dispositions différentes du Code civil ». ²³⁴

²³⁰ L. Poudrier-Lebel, *Le cautionnement par compagnie de garantie*, Cowansville, Yvon Blais, 1986 à la p. 189.

²³¹ *Ibid.* à la p. 195.

²³² *Ibid.*; M. Troplong, *Le droit civil*, t. 17, Paris, Charles Hingray, 1846 à la p. 41.

²³³ *Règlement d'application de la Loi sur les assurances*, R.R.Q. 1981, c. A-32, r.1, art. 13.

²³⁴ *Entreprises Gamelec Inc. c. Laurentienne générale (La), Compagnie d'assurance Inc.*, [1990] R.R.A. 971 à la p. 972.

ii) distinction entre le cautionnement de droit civil et l'hypothèque

Le cautionnement et l'hypothèque mobilière partagent, eux aussi, une caractéristique commune : tous deux servent à garantir l'exécution d'une obligation. Toutefois, l'hypothèque mobilière est une sûreté réelle tandis que le cautionnement est une sûreté personnelle. En effet, si le créancier hypothécaire peut, advenant le défaut de son débiteur, exécuter sa garantie sur le bien faisant l'objet de l'hypothèque, la caution qui s'engage dans un contrat de cautionnement offre, à toutes fins pratiques, un patrimoine additionnel au créancier dans les limites de la valeur de l'engagement contracté initialement par le débiteur.²³⁵

iii) distinction entre le cautionnement de droit civil et le dépôt

Le contrat de cautionnement et le contrat de dépôt peuvent facilement être confondus. Surtout en raison de l'emploi dans de nombreuses lois de l'expression « cautionnement en espèces ». Or, comme on l'a vu, l'une des caractéristiques principales du contrat de cautionnement est sa nature tripartite. En comparaison, le contrat de dépôt est un contrat principal par lequel le dépositaire s'engage à conserver un bien pendant un certain temps puis à le restituer, à l'échéance, au déposant.²³⁶

Le « cautionnement » exigé du syndic dans la L.F.I.

Autrefois, le législateur fédéral soumettait la demande de licence du syndic au dépôt d'un cautionnement général. Cette exigence a été supprimée en 1992.²³⁷ Dorénavant, ne subsiste qu'un cautionnement « spécifique » requis par le législateur fédéral afin de garantir l'administration honnête de la part du syndic et la juste distribution des dividendes aux créanciers.

Le paragraphe 16(1) de la *L.F.I.* prévoit le « cautionnement spécifique » que doit fournir le syndic en vue de l'administration d'un actif. L'article se lit comme suit :

« Tout syndic régulièrement nommé fournit aussitôt un cautionnement en espèces ou sous forme de lettre de garantie d'une compagnie de garantie [...] garantissant qu'il rendra régulièrement compte de tous les biens reçus par lui en qualité de syndic [...] et qu'il remplira diligemment et fidèlement ses fonctions ».

Cet article offre donc une alternative au syndic. Ce dernier peut déposer une somme d'argent ou une lettre de garantie émise par une compagnie de garantie.

i) cautionnement en espèces

Les principaux dictionnaires reconnaissent au terme « cautionnement » le sens de « dépôt en argent ».²³⁸ Le législateur québécois lui-même reconnaît le dépôt d'une somme d'argent²³⁹ ou un

²³⁵ *Droit des sûretés*, supra note 130 à la p. 19.

²³⁶ Art. 2280 C.C.Q.

²³⁷ L.C. 1992, c. 27, art. 9. Selon monsieur le juge Houlden et M^e Morawetz, « [a] trustee was formerly required to deposit a general bond with the superintendent for the due and faithful performance of his duties. This is no longer required. A specific bond must, however, be filed under s. 16(1) ». *The 2000 Annotated B.I.A.*, supra note 53 à la p. 28.

²³⁸ *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, supra note 198 à la p. 78; *Dictionnaire de droit québécois*, supra note 81 à la p. 78; *Vocabulaire juridique*, supra note 198 à la p. 121; A. Rey, *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993 à la p. 322.

²³⁹ *Loi sur les assurances*, L.R.Q. c. A-32, art. 225; *Règlement sur les agents de voyages*, R.R.Q. 1981, c. A-10, r.1, art. 30; *Loi concernant l'impôt sur la vente au détail*, L.R.Q. c. I-1, art. 5; *Loi sur les employés publics*, L.R.Q. c. E-6, art. 20; *Loi sur l'instruction publique pour les Autochtones Cris, Inuits ou Naskapis*, L.R.Q. c. I-14, art. 306; *Code de la sécurité routière*, L.R.Q. c. C-24, art. 152.

nantissement²⁴⁰ comme des formes de cautionnement. Toutefois, il semble que l'emploi du mot « cautionnement » pour désigner le dépôt d'une somme d'argent ne soit pas approprié en droit civil.²⁴¹ En effet, selon l'article 2333 du C.C.Q., le « cautionnement » implique l'intervention d'un tiers, la caution, à qui le créancier pourra demander d'exécuter l'obligation à la place du débiteur.²⁴² Or, le dépôt d'une somme d'argent n'implique pas l'intervention d'un tiers. Il faut alors parler de « gage » ou d'« hypothèque mobilière avec dépossession »²⁴³ ou de « dépôt ».

Le C.C.Q. prévoit d'ailleurs la présentation d'une sûreté suffisante à la place de la caution qui pourrait être le dépôt d'une somme d'argent, ce qui indique, par le fait même, la distinction qui existe entre les deux concepts.²⁴⁴ C'est ce qui peut arriver, par exemple, dans le cas d'un défendeur qui habite à l'étranger. Le C.P.C. prévoit alors les règles applicables au « cautionnement pour frais ».²⁴⁵ Le juge de première instance peut exiger au demandeur qui ne réside pas au Québec qu'il trouve une personne qui servira de caution.²⁴⁶ Ceci a pour but de couvrir les frais qui pourraient résulter du rejet de la demande. Toutefois, afin de s'éviter le tracassé de trouver une caution, le défendeur peut demander au tribunal la possibilité de déposer une somme d'argent à titre de sûreté suffisante, en application de l'article 2338 du C.C.Q.²⁴⁷ Par ailleurs, bien que le paragraphe 16(1) de la L.F.I. prévoit le dépôt d'une somme d'argent en garantie, en pratique, les syndicats font davantage affaires avec une compagnie de garantie.²⁴⁸

ii) cautionnement sous forme de lettre de garantie émise par une compagnie de garantie

Le paragraphe 16(1) de la L.F.I. permet au syndic de garantir l'exécution de ses obligations en fournissant un cautionnement sous forme de lettre de garantie. Une « lettre de garantie » constate l'existence d'un contrat entre une institution financière et un individu par lequel l'institution met une somme d'argent à la disposition de l'individu sous certaines conditions et pour un certain temps. En soi, la « lettre de garantie » ne correspond pas à la définition de « cautionnement » telle qu'on la retrouve au C.C.Q.²⁴⁹ Il peut arriver, par contre, qu'une « lettre de garantie » soit employée comme

²⁴⁰ Selon le règlement, « [l]es cautionnements dont il est fait mention au présent règlement doivent être faits par nantissement ou par police de garantie conformément à l'article 15 de la *Loi sur les employés publics* (L.R.Q., c. E-6) ». *Règlement d'application de la Loi sur les agences d'investigation ou de sécurité*, R.R.Q. 1981, c. A-8, r.1, art. 11; *Loi sur les employés publics*, *ibid.* art. 20, 29; *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, L.Q. 1999, c. 40, art. 117.

²⁴¹ Selon Louise Poudrier-Lebel, « [i]l faut savoir aussi que le mot cautionnement ou caution sert aussi couramment à désigner le dépôt d'une somme d'argent en garantie. L'emploi de ces mots est impropre car il s'agit d'une forme de gage ou plus précisément maintenant d'hypothèque mobilière ». L. Poudrier-Lebel, « Les notions générales », dans Barreau du Québec, *Obligations et contrats*, vol. 5, coll. de droit 1998-1999, Cowansville, Yvon Blais, 1998, 299 à la p. 299. Selon Michel Filion, « [l]e terme cautionnement a déjà eu un autre sens : « somme d'argent déposée comme garantie à titre de gage ». Toutefois, selon nous, cette acception est désuète puisque la notion en question est celle de gage ». *Dictionnaire du Code civil du Québec*, *supra* note 198 à la p. 75; Selon Pierre Ciotola, « [l]e cautionnement en tant que sûreté personnelle ne doit pas être confondu avec le dépôt de sommes d'argent données en garantie. Le cautionnement est une sûreté personnelle; le dépôt de sommes d'argent données en garantie est plutôt un gage ou une hypothèque mobilière avec dépossession. » *Droit des sûretés*, *supra* note 130 à la p. 20.

²⁴² Art. 2333 C.C.Q. *Banque nationale du Canada c. Notre-Dame du Lac (Ville de)*, [1990] R.L. 339 (C.A. Qué.).

²⁴³ *Droit des sûretés*, *supra* note 130 à la p. 20.

²⁴⁴ Art. 2338 C.C.Q.

²⁴⁵ Art. 65 C.P.C. Selon cet article, « [l]e demandeur qui ne réside pas au Québec est tenu de fournir caution pour la sûreté des frais qui peuvent résulter de sa demande ».

²⁴⁶ Art. 525 C.P.C. C'est le tribunal qui fixe le montant d'argent. La partie adverse peut contester la nomination de la caution.

²⁴⁷ D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 83.

²⁴⁸ Selon monsieur le juge Houlden et M. Morawetz, « [a]lthough s. 16(1) permits the security to be given by the trustee in cash or by bond of a guaranty company, it is the invariable practice for the trustee to post a bond of a guaranty company ». *The 2000 Annotated B.I.A.*, *supra* note 53 à la p. 45. Aussi, ce cautionnement est « habituellement émis au bénéfice des créanciers de l'actif par une compagnie d'assurance ». Canada, Bureau du Surintendant des faillites, directive n° 13 : Cautionnement de l'actif, 23 octobre 1986, réémise le 10 janvier 1991.

²⁴⁹ Art. 2333 C.C.Q. M^e Louis Payette établit une distinction entre la souscription à une assurance, l'obtention d'un cautionnement et l'obtention d'une lettre de garantie bancaire. L. Payette, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 320.

« cautionnement » et serve précisément à garantir l'exécution de l'obligation du débiteur.²⁵⁰ C'est probablement ce à quoi réfère le paragraphe 16(1) de la *L.F.I.*

Dans tous les cas, le séquestre officiel doit évaluer la garantie fournie par le syndic. Le bureau du surintendant a émis une directive prévoyant les éléments dont le séquestre officiel tient compte pour fixer le montant de la garantie.²⁵¹

Conclusions générales

Comme nous pouvons le constater, le programme d'harmonisation mis en oeuvre par le ministère de la Justice nous donne l'occasion de réfléchir sur des problématiques toutes aussi complexes que passionnantes concernant l'arrimage de la législation fédérale avec le droit civil québécois. Au cours de ce texte, nous avons pu voir ensemble celles que soulèvent la création de nouvelles sûretés dans le corpus législatif fédéral, le recours à une notion aussi étrangère au droit civil que la notion de « disposition/*settlement* » et les problèmes que posent les notions d'« entreprise » et de « cautionnement ».

En particulier, l'étude de la *L.F.I.* soulève parmi les problématiques d'harmonisation les plus riches et les plus intéressantes. Nous avons vu la question de la définition du « créancier garanti », l'attribution de la compétence des tribunaux en matière de faillite et d'*equity*, les problèmes terminologiques et de droit supplétif que suscitent certaines procédures, notamment la « pétition en faillite », l'application aux créanciers québécois de la partie XI de la *L.F.I.*, la détermination de la personnalité juridique des sociétés et des fiducies québécoises et la possibilité qu'elles deviennent faillies et, enfin, l'identification du statut du syndic en regard de ses nombreux rôles et fonctions.

Nous avons voulu présenter ces problématiques à cette étape de notre réflexion afin de susciter des discussions et, éventuellement, obtenir vos commentaires. Mais nous avons surtout voulu vous faire prendre conscience des enjeux que représente l'harmonisation de la législation fédérale en matière de faillite avec le droit civil québécois.

Veillez faire parvenir vos commentaires à :

M^e Alain Vauclair, avocat-conseil
284 Wellington, Tour Saint-Andrews, 7^e étage
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

²⁵⁰ *Forex Leroy Inc. c. Banque Mercantile du Canada*, [1989] A.Q. n° 703 (Q.L.).

²⁵¹ Cautionnement de l'actif, *supra* note 248. Il s'agit des éléments suivants :

- Les autres formes de protection des créanciers (assurances en vigueur)
- L'évaluation des risques véritables pour les créanciers
- Les coûts de la garantie
- Le montant de la réalisation des biens du failli qui servira de dividendes aux créanciers privilégiés après déduction des frais d'administration du syndic
- S'il y a pluralité de couvertures, la prime doit être fixée en fonction de la prime la plus onéreuse afin d'avoir à réévaluer la prime plus tard
- La prime doit être fixée selon la valeur maximale de l'actif, sans plus
- Si la valeur de l'actif ne dépasse pas 3 000 \$, aucun cautionnement n'est nécessaire
- Si la valeur de l'actif dépasse 25 000 \$, d'autres formes de couvertures doivent être ajoutées (l'endossement multiple des officiers de la corporation, par exemple)
- Le montant de la garantie est révisé par le syndic lui-même et par les inspecteurs, conformément au paragraphe 120(3) de la *L.F.I.*
- Au besoin, le séquestre officiel peut réviser à la hausse le montant de la garantie.

Téléphone : (613) 954-4696
Télécopieur : (613) 954-1209
Courriel : alain.vauclair@justice.gc.ca

ou

M^e Martin-François Parent, conseiller juridique
284 Wellington, Tour Saint-Andrews, 7^e étage
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Téléphone : (613) 946-8902
Télécopieur : (613) 954-1209
Courriel : martin-francois.parent@justice.gc.ca